

UiO • Det juridiske fakultet

EU-rettslige rammer for forvaltningens skjønnsutøvelse under konsesjonsordninger

Kandidatnummer: 220

Leveringsfrist: 15.01.2014

Antall ord: 35465



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven og hypotese.....	1
1.2	Om oppgaven.....	4
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Materiale og metode	6
1.5	De fire friheter og nasjonale konsesjonsordninger	11
2	GENERELT OM EU-RETTLIGE KRAV TIL NASJONALE KONSESJONSORDNINGER.....	13
2.1	Begreper.....	13
2.2	Særlig om prinsipper utviklet av EU-organer og deres betydning for norsk rett	14
2.3	Når kommer EU/EØS-reglene til anvendelse?	15
2.4	Allmenne hensyn	23
2.5	Proporsjonalitetsprinsippet	23
2.6	Bakgrunnen for kravene til nasjonale konsesjonsordninger.....	24
2.7	Utgangspunktet – Analir.....	25
2.7.1	Sakens bakgrunn	25
2.7.2	Domstolens vurdering	26
2.8	Oppfølgingen– Smits/Peerbooms	29
2.8.1	Sakens bakgrunn	29
2.8.2	Domstolens vurdering	29
2.9	Sporting Exchange.....	30
2.9.1	Sakens bakgrunn	30
2.9.2	Domstolens vurdering	30
2.10	Oppsummering	32
2.10.1	Objektivitet, vilkårlighet og forskjellsbehandling.....	33
2.10.2	Vektlegging av hensyn	34

2.10.3	Subsumsjonsskjønnet	35
2.10.4	Anvendelse	36
2.10.5	Begrunnelseskrav	36
2.11	Norsk rett og konsesjonsordninger	36
2.12	Veien videre.....	38
3	SUBSUMSJONSSKJØNNET, TOLKNING AV NASJONALE REGLER OG VURDERINGER UNDER NASJONALE REGLER.....	39
3.1	Innledning	39
3.2	Smits/Peerbooms, Müller-Fauré/van Riet og Inizan	39
3.3	Yellow Cab	47
3.4	Ospelt.....	49
3.5	Oppsummering	51
4	ANVENDELSEN AV SKJØNNET UNDER KONSESJONSORDNINGER	53
4.1	Innledning	53
4.2	I hvilken grad aksepterer EU-retten skjønnsmessige beføyelser hos nasjonale myndigheter?	53
4.3	Kriterier under skjønnsmessige bestemmelser og skifte av praksis	59
4.4	Skifte av retning.....	66
4.5	Restriktive konsesjonsordninger – ikke gå lenger enn nødvendig?	70
4.6	Sammenhengende og systematisk anvendelse av konsesjonsordninger.....	74
4.7	Anvendelse av konsesjonen for å fremme andre formål/ivareta andre hensyn	78
4.8	Konsekvent ikke-bruk.....	80
4.9	Statlig vs. regional kompetanse	81
4.10	Vilkår og omgjøring	85
4.11	Rettsfølgesiden – utvalgte emner	94
4.12	Oppsummering av EU-rettslige krav og konklusjoner	96
4.13	Norsk rett og anvendelsen av konsesjonsordninger	97
4.13.1	Innledning	97
4.13.2	Norsk rett og anvendelse av konsesjonsordninger	97

4.13.3	Vilkårsfastsettelse, omgjøringsadgang og tidsbegrensning	104
4.13.4	Oppsummering	106
5	BEGRUNNELSESKRAV	108
5.1	Innledning.....	108
5.2	Kravene fra EU-retten	109
5.3	Norsk rett og begrunnelseskrav – sammenligningen.....	114
5.4	Oppsummering	117
6	AVSLUTNING OG KONKLUSJON	118
7	KILDER	121

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven og hypotese

Temaet for oppgaven er EU-rettens betydning for nasjonale myndigheters skjønnsutøvelse under konsesjonsordninger. I et større bilde er oppgaven en illustrasjon på hvordan EU-retten setter rammer for statlige styringsmuligheter og for hva som kan bestemmes i lys av tradisjonell norsk forvaltningsrett. At forvaltningsretten allerede er kraftig påvirket av EU-retten, er ikke tvilsomt.¹ En rekke EU-rettsakter regulerer nå forhold som tidligere ble regulert av nasjonal rett, og rettsaktene medfører i mange tilfeller også en rekke saksbehandlingskrav.² Oppgaven går imidlertid et skritt lengre og undersøker om noen av de tradisjonelt ulovfestede delene av norsk forvaltningsrett, i dette tilfellet forvaltningens skjønnsutøvelse og enkelte sider tilknyttet dette, er påvirket av EU-retten. De rammene som settes for forvaltningens skjønnsutøvelse i EU-retten kan – i likhet med norsk rett – vanskelig fremgå av noen lovbestemmelser.

Hovedhypotesen i oppgaven er at EU/EØS-retten medfører en innsnevring av forvaltningens frie skjønnsutøvelse sammenlignet med norsk forvaltningsrett. Formålet med oppgaven er på den bakgrunn å undersøke om EU-retten medfører noen ytterligere skranker for forvaltningens skjønnsutøvelse utover det som fremgår av rettsaktene og læren om tvingende allmenne hensyn.

For norsk retts vedkommende kan temaet i utgangspunktet kanskje synes mindre aktuelt. Etter 20 år med EØS-avtalen har ikke noen norske konsesjonsordninger blitt utfordret for norske domstoler på en måte som har gjort at ordningens forenelighet med EØS-retten har kommet på spissen. Men dette kan ikke tas til inntekt for at temaet ikke er aktuelt for norsk rett. Det finnes eksempler på at norsk forvaltningsretts forenelighet med EØS-retten har

¹ NOU 2012:12 s.136.

² Graver (2002) s. 70-73.

kommet opp i en rettslig kontekst, blant annet i enkelte sivilombudsmannuttalelser.³ I tillegg har det i flere rettssaker vært påberopt at en nasjonal konsesjonsordning er i strid med EØS-retten, men norske domstoler har hoppet over gjerdet der det er lavest og kommet til at EØS-retten ikke er relevant – i og med at det etter domstolenes syn ikke foreligger noe grenseoverskridende element.⁴ Forarbeidene til tjenesteloven viser også at oppgaven reiser aktuelle problemstillinger i norsk rett.⁵ Dessuten kan det være ulovfestede EU/EØS-rettslige rammer som ligger der, men som ennå ikke for alvor er problematisert. Flere av dommene som analyseres i oppgaven, er av helt nyere dato, hvilket tyder på at det er en utvikling som foregår i EU. Samtidig har oppgaven en side til handlingsrommet som eksisterer innenfor EØS-avtalen, noe som er aktuelt den dag i dag.⁶

Det er også blitt pekt på at det er overraskende at det ikke er kommet opp noen tilfeller for norske domstoler om forvaltningens frie skjønn og EU-rettslige rammer.⁷ Hvorfor det ikke er kommet opp noen slike saker, er det vanskelig å gi noe godt svar på. En mulig forklaring er at det i mange slike saker er vanskelig å se at det foreligger et grenseoverskridende element som gjør at EØS-reglene kommer til anvendelse. Samtidig kan det nok også være slik at det ikke alltid er like god kjennskap blant norske rettsanvendere om hvilke krav som følger av EU-retten – og hvilke muligheter den gir for å angripe norske ordninger og vedtak. Fremstillinger av norsk forvaltningsrett har også tradisjonelt sett i liten grad behandlet

³ Se nedenfor under punkt 2.3, og også Somb-2003-76.

⁴ For et ganske ferskt eksempel se LB-2011–149593 som falt 10. april 2013 hvor lagmannsretten uttaler: *«Ankeparten har gjort gjeldende at forvaltningen ved vedtakelsen av forskriften om nedsatt konsesjonsgrense for Hol kommune skulle ha vurdert forskriften lovmessighet i samsvar med EU-domstolens praksis knyttet til prinsippet om fri bevegelse av kapital. Det er videre anført at den fortolkning som er lagt til grunn i EU-domstolens praksis er et relevant tolkningsmoment i norsk rett gjennom EØS-avtalen. Lagmannsretten finner ikke at anførselene kan føre frem. Det er uomstridt at EØS-avtalen ikke direkte kommer til anvendelse i saken, idet saken ikke har noe grenseoverskridende element»*. Se ellers punkt 2.3.

⁵ Ot.prp.nr.70 (2008-2009), se eksempelvis s. 25.

⁶ St.meld nr. 5 (2012-2013).

⁷ Fredriksen (2011) s. 44.

EØS-rettens betydning.⁸ I tillegg er det ofte forbundet med kostnader og ekstra tidsbruk å forelegge saker for EFTA-domstolen.⁹ Norske domstoler har også rent faktisk vært noe tilbakeholdne med å stille EFTA-domstolen spørsmål.¹⁰ Flere av avgjørelsene fra EU-domstolen som etterhvert skal analyseres, ville nok forblitt i norske domstoler uten noen foreleggelse hadde tilsvarende spørsmål kommet opp i Norge.

Et innledende eksempel kan illustrere de problemstillingene oppgaven reiser. Etter akvakulturforskriften § 10 kan det «i særlige tilfeller» gis dispensasjon etter forskriften.¹¹ Slik dispensasjon har imidlertid aldri blitt gitt. En ny regjering ønsker å lempe på anvendelsen av denne bestemmelsen, og instruerer forvaltningen om å åpne for en større eierandel. Flere selskaper får dispensasjon, og det utvikler seg etter hvert en praksis som gjør at selskapene kan tilpasse sine søknader slik at de oppfyller kravet til «særlige tilfeller». Kan myndighetene gjøre dette etter EU-retten? For å være på den sikre siden, har myndighetene samtidig forbeholdt seg en relativt vid omgjøringsadgang i vedtakene, og de har satt som vilkår at selskapene kan pålegges å selge sine eierandeler slik at eierandelen igjen blir under 40 % prosent. Kan myndighetene gjøre det etter EU-retten? Etter fire år blir det igjen regjeringsskifte, og den nye regjeringen vil gå tilbake til den gamle ordningen hvor det omtrent ikke gis slike dispensasjoner. Myndighetene omgjør dermed de tidligere dispensasjonene, eller selskapene blir pålagt å selge sine eierandeler. Kan myndighetene gjøre det etter EU-retten? Samtidig faller myndighetene tilbake på den gamle ordningen hvor det ikke gis dispensasjoner. Kan myndighetene gjøre det etter EU-retten? Svaret på flere av disse spørsmålene er at det i hvert fall kan anføres at EU-retten legger føringer på myndighetenes skjønnsmyndighet i slike tilfeller. Dette er blant de temaene som skal utforskes i det følgende.

⁸ Graver (2007) er et hederlig unntak.

⁹ Fredriksen (2011) s. 93.

¹⁰ Fredriksen (2011) s. 90-91.

¹¹ Forskrift om matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann § 10.

1.2 Om oppgaven

Hovedgrepet i oppgaven er en analyse av rettspraksis fra EU-domstolen (heretter «Domstolen») og en undersøkelse av hvordan EU-reglene påvirker nasjonale konsesjonsordninger. De dommene som anvendes i oppgaven, er i første rekke dommer hvor Domstolen har funnet at de nasjonale konsesjonsordningene er i overensstemmelse med EU-retten, men presisert nærmere hvordan nasjonale myndigheters kompetanse under disse ordningene skal utøves. I tillegg er enkelte dommer behandlet hvor de nasjonale konsesjonsordningene ble funnet å være i strid med EU-reglene, men som allikevel kan illustrere enkelte poenger sammenholdt med de andre dommene. Et sentralt skille i oppgaven går derfor mellom avgjørelser fra Domstolen hvor *selve ordningen* ble funnet å være i strid med EU-retten, og avgjørelser hvor ordningen i og for seg stod seg, men hvor det ble stilt nærmere *krav til utøvelsen* av den. Det er det siste punktet som er særlig aktuelt i oppgaven.

Oppgavens kapittel 1 består av en del generelle betraktninger som gir et utgangspunkt for den videre drøftelsen. Oppgavens kapittel 2 gir innledningsvis en generell redegjørelse for enkelte temaer knyttet til EU-retten som vil ha betydning for oppgaven. Deretter redegjøres det for utgangspunktene for de EU-rettslige kravene til nasjonale konsesjonsordninger. I tillegg tas det her opp enkelte problemstillinger som oppstår i forbindelse med nasjonale konsesjonsordninger og EU-reglenes betydning for norsk rett. Hoveddelen av oppgaven er kapittel 3, 4 og 5. Her behandles tre ulike krav som Domstolen gjennom rettspraksis har stilt til nasjonale konsesjonsordninger. Kapittel 6 består av oppsummering og konklusjon.

1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema er i utgangspunktet meget omfattende. Men oppgaven vil for det første begrenses i betydelig grad av at det bare er skjønnsutøvelsen som undersøkes, ikke kravene til hvordan en konsesjonsordning skal utformes i lovgivningen. For det andre er det slik at det bare gjennomgås enkelte deler av hvordan en konsesjonsordning må anvendes for å være i tråd med EU-retten.

Det er med andre ord ikke enkelte typer konsesjonsordninger som blir undersøkt. Det kunne vært aktuelt og trukket ut konsesjonsordninger som for eksempel gjaldt erverv av eiendom eller konsesjonsordninger knyttet til pengespill, og undersøkt hvilke krav EU-domstolen stiller for anvendelsen av disse ordningene. Men for å få et bredere bilde av EU-rettens krav er oppgaven heller avgrenset i form av at det tas opp enkelte spørsmål som dukker opp når det gjelder anvendelsen av ulike konsesjonsordninger og som har vært et tema for Domstolen. Tilsvarende grep tas også i litteraturen om norsk forvaltningsrett – der er det heller ikke trukket ut enkelte konsesjonsordninger når lignende temaer som tas opp i oppgaven, diskuteres.

I tillegg avgrenses det mot et tema som kunne vært nærliggende å ta opp, nemlig tjenestekonsesjoner. Det er flere grunner til dette. For det første ligner temaet en del på offentlige anskaffelser, hvor regelverket er et helt annet. For det andre er det flere dommer om dette, slik at stoffet vil øket i ikke ubetydelig grad. For det tredje er det et nytt direktiv på vei som regulerer denne typen konsesjoner.¹²

I oppgaven videre er planen å undersøke nærmere enkelte av kravene som stilles av Domstolen. Det er tre spørsmål som undersøkes i dybden. Det første er subsumsjonsskjønnet. Grunnen til dette er at de krav som stilles fra EU-retten her, vil gi et godt bilde på hvordan EU-retten påvirker noe som i utgangspunktet er et nasjonalt anliggende. Det andre er anvendelsen av konsesjonsordninger. Grunnen til dette er at det muligens eksisterer enkelte krav som er stilt fra Domstolen som ikke finnes i norsk rett. For det tredje undersøkes det begrunnelseskravet som eksisterer i EU-retten når en konsesjon nektes. Årsaken til dette er todelt. For det første har det åpenbart en side til anvendelsen av konsesjonsordningen – det er nettopp i begrunnelsen til forvaltningen at det kommer frem om de EU-rettslige kravene er overholdt. For det andre ser det på dette punktet ut til å eksistere en ikke ubetydelig forskjell mellom EU-retten og norsk forvaltningsrett.

¹² EU (2013).

1.4 Materiale og metode

Oppgaven bygger på en rettsdogmatisk analyse av aktuelle dommer fra Domstolen om nasjonale konsesjonsordninger. Dette er gjort i samsvar med alminnelig EU/EØS-rettslig metode som ikke trenger nærmere utdypning her.¹³ Det vil også fremkomme underveis i oppgaven hvordan avgjørelsene fra Domstolen tolkes. Det er gjennom praksisen som gjennomgås at Domstolen har utviklet kravene som stilles til nasjonal forvaltningsrett. Disse dommene gjelder nasjonale konsesjonsordninger, hvor Domstolen på et eller annet vis har uttalt seg om de nasjonale reglene som regulerer konsesjonsordningene. Det er først og fremst saker hvor hovedreglene om de fire friheter har vært temaet, som anvendes. I enkelte av dommene har det også vært spørsmål om forordninger og direktiver, men det er først og fremst det som er uttalt om de fire friheter som er trukket ut.

Ett direktiv fortjener imidlertid oppmerksomhet, nemlig tjenestedirektivet.¹⁴ Dette direktivet kodifiserer mye av den gjeldende retten på området for tjenesteytelser, og har betydning for nasjonale konsesjonsordninger. Som det heter i direktivets fortale punkt 3, er tjenesteytingen på tvers av landegrensene ofte hindret av «*administrative byrder, rettslig usikkerhet i forbindelse med virksomhet over landegrensene og mangel på gjensidig tillit mellom medlemsstatene*». Konsesjonsordninger er nettopp en slik administrativ byrde.

I de sakene som er aktuelle for oppgaven, er det slik at en konsesjon har blitt nektet, og de som har fått nektet konsesjon har angrepet avgjørelsen for nasjonale domstoler, som har sendt Domstolen prejudisielle spørsmål. Disse spørsmålene fra nasjonale domstoler har stort sett handlet om hvorvidt selve konsesjonsordningen er forenelig med EU-retten. I de aktuelle dommene har Domstolen stort sett akseptert den nasjonale ordningen som forenelig med EU-retten, men kommet med enkelte presiseringer av hvordan konsesjonsordningen må anvendes innenfor rammen av EU-retten.

¹³ Se ellers Fredriksen (2010) og Arnesen og Stenvik (2009).

¹⁴ EP/Rdir 2006/123/EF.

De aktuelle dommene har først og fremst omhandlet reglene om tjenesteyting og etableringsrett. Men det er neppe noen grunn til at reglene skulle være annerledes for de tilfellene som reguleres av kapital- eller varereglene. I alle tilfellene har det også vært snakk om ordninger som ikke har diskriminert direkte på grunnlag av nasjonalitet. Med andre ord har de aktuelle uttalelsene om skjønnsutøvelsen kommet i tilknytning til proporsjonalitetsvurderingen. I enkelte tilfeller har uttalelsene også kommet i tilknytning til EU-rettslige prinsipper. Prinsippene kommer jeg nærmere tilbake til under punkt 2.2.

I tillegg benyttes dommer som ikke omhandler konsesjonsordninger, men hvor Domstolen har uttalt seg om innholdet av ulike prinsipper som gjelder i EU-retten. Oppgaven tillater ikke en lengre gjennomgang av alle disse prinsippene, men de vil kort behandles. De dommene anvendes for dette formål, er stort sett funnet i litteraturen, som har anvendt dem på samme måte som meg. Det er i all hovedsak Bekkedals og Fengers fremstillinger som benytter seg av dommene hvor prinsipper er blitt konkretisert i det som kan minne om rettssetninger, og de er i litteraturen anvendt på lignende temaer som oppgaven tar opp.¹⁵

I enkelte tilfeller benyttes også generaladvokatens uttalelser. Dette gjøres gjerne hvor uttalelsene er egnet til å illustrere et poeng som kanskje ikke fanges opp av dommen. Generaladvokaten er et ukjent fenomen i norsk rett, og spørsmålet er dermed hvordan uttalelsene til generaladvokaten står seg rent rettskildemessig. Uttalelsene er i de enkelte tilfellene brukt som illustrasjon og utdyping. Uttalelsene tillegges imidlertid ikke noen selvstendig rettskildemessig vekt utover dette.

Det er på det rene at EØS innebærer et mindre omfattende samarbeid enn EU. For denne oppgavens tema vil det neppe ha noen betydning. Av EØS-avtalen artikkel 1 følger det at reglene skal være ensartede. Dette er gjerne omtalt som homogenitetsmålsettingen. Målset-

¹⁵ Bekkedal (2008) og Fenger (2004).

tingen innebærer at reglene skal ha det samme innhold både i EU og EØS.¹⁶ Etter EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 (1) skal EU-reglene fortolkes i samsvar med rettspraksis fra EU-domstolen på samme måte i EØS som i EU. Dette gjelder rett nok bare rettspraksis som forelå ved inngåelsen av avtalen. Av ODA-avtalen artikkel 3 (2) følger det imidlertid at det skal tas «tilbørlig hensyn» til rettspraksis etter EØS-avtalens inngåelse. Skjæringspunktet har dermed liten betydning.¹⁷ De dommene som analyseres i oppgaven, gjelder i all hovedsak dommer om de fire friheter, hvor det materielle innholdet er det samme i EU som i EØS. I eventuelle tilsvarende saker vil EFTA-domstolen nok komme til de samme resultater som Domstolen, og bygge på det Domstolen har uttalt. Tilsvarende vil gjelde for norske domstoler. En annen problemstilling er at enkelte av dommene gjelder kapitalreglene, som er noe forskjellig i EU og EØS. Men det er lagt til grunn at dette neppe har noe betydning.¹⁸ For oppgavens vedkommende kan det nok trygt legges til grunn at dette ikke har noen betydning.

Betydning av de ulike avgjørelsene fra Domstolen som analyseres i oppgaven, må diskuteres. I all hovedsak analyseres dommer hvor Domstolen har akseptert en nasjonal konsesjonsordning, men stilt nærmere krav til hvordan den anvendes. Det er først og fremst disse dommene som er egnet til å illustrere de krav som EU-retten stiller til nasjonale forvaltningsmyndigheter. Særlig der hvor Domstolen uttaler seg generelt om et prinsipp eller regel, vil det være grunn til å legge vekt på disse. Der hvor Domstolen griper inn i nasjonale konsesjonsordninger konkret, må det vurderes i hvilken grad disse dommene er egnet til å trekke noe generelt ut av. Dette kommer jeg tilbake til der hvor det er aktuelt.

I tillegg må det tas et forbehold for at enkelte dommer gjelder områder som er såpass spesielle at relevansen av dommene kan diskuteres. Det er særlig dommer som omhandler medisinske tjenester og pengespill som må nevnes her. Når det gjelder medisinske tjenester, sier

¹⁶ *EØS-rett* (2011) s. 223.

¹⁷ *EØS-rett* op. cit. s. 224.

¹⁸ *EØS-rett* op. cit. s. 459-460 og 464.

det seg nærmest selv at det ikke kan realiseres et fritt marked for denne typen tjenester. Disse dommene er i all hovedsak derfor benyttet som eksempler på hvordan EU-retten påvirker, heller enn å trekke ut generelle prinsipper fra disse. Dette behandles nærmere der hvor det er aktuelt. Hva angår dommene om pengespill, er dette et område hvor statene tradisjonelt har hatt stor frihet til å fastsette det ønskede beskyttelsesnivået. Det kan derfor hevdes at disse dommene heller ikke er egnet til å trekke noen prinsipper ut av. Etter min mening vil det være feil. Tvert i mot kan dette ses på som minimumskrav som i alle tilfelle må gjelde for nasjonale konsesjonsordninger.

Det må også nevnes at flere av dommene har vært nevnt i litteraturen i en annen sammenheng enn den som skrives om i oppgaven – først og fremst da i forbindelse med «klassisk fire friheter». De dommene fra Domstolen hvor tjenstedirektivet har vært nevnt, er også undersøkt, uten at det funnet noe av betydning for oppgaven der.¹⁹

Når det gjelder norsk forvaltningsrett, er det fremstillingene av den alminnelige forvaltningsretten til Eckhoff/Smith og Graver som er benyttet for å belyse norsk rett. Jeg antar at de gir uttrykk for gjeldende rett.²⁰ Der hvor jeg har brukt fremstillingene, er det ikke funnet noen motstrid i synspunktene.²¹

Hva angår eksisterende litteratur, er det ikke skrevet mye om temaet. I nyere tid er det meg bekjent ikke skrevet noen fremstillinger om teamet i oppgaven. Av noe eldre dato er det Niels Fengers «Forvaltnings & fællesskab – Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens» som berører enkelte av temaene.²² Tilsvarende for norsk rett er Hans Petter Gravers «Forvaltningsrett i markedsstaten – Stu-

¹⁹ EP/Rdir 2006/123/EF.

²⁰ Eckhoff (2011) og Graver (2007).

²¹ Behandlingen av myndighetsmisbrukslæren foretas i en noe forskjellig kontekst i de to fremstillingene, men materielt sett har dette ingen betydning for oppgaven.

²² Fenger (2004).

dier i europeisering av forvaltningsretten», særlig kapittel 3.²³ Men disse fremstillingene er rundt ti år gamle, og som det fremkommer av oppgaven, er det flere dommer av nyere dato. Tarjei Bekkedals «Frihet, likhet og fellesskap» er også innom enkelte av temaene som tas opp.²⁴ Av nyere dato er det særlig Christoffer Eriksens «The European Constitution, Welfare States and Democracy – A Study of Conflicts between the Four Freedoms and National Administrative Discretion»²⁵ og Markus Heistads «Legal certainty i konsesjonssaker» som tar opp lignende temaer.²⁶ Men disse fremstillingene behandler i all hovedsak de krav som stilles til den nasjonale *lovgivningen*, ikke hvordan nasjonale konsesjonsordninger *anvendes*. Når det er sagt, trekkes det enkelte veksler på disse fremstillingene. I de mer alminnelige standardverkene på norsk og engelsk har jeg ikke funnet noe av særlig relevans for oppgavens tema.²⁷

Under arbeidet med oppgaven har jeg søkt å kartlegge all relevant rettspraksis fra Domstolen som knytter seg til oppgavens problemstillinger. Utgangspunktet ble tatt i dommer som er nevnt i eksisterende teori knyttet til temaet. Deretter søkte jeg ut fra disse dommene for å finne andre aktuelle dommer. Men det har ikke vært mulig innenfor rammen av prosjektet med noen full gjennomgang av all rettspraksis fra EU-domstolen knyttet til konsesjonsordninger. Alle dommer om konsesjonsordninger er heller ikke interessante, fordi de i mange tilfeller gjelder konsesjonsordninger som *ikke* ble akseptert av Domstolen. Derimot har jeg så vidt meg bekjent gått gjennom alle de relevante dommer hvor Domstolen har akseptert nasjonale konsesjonsordninger, men stilt nærmere krav til hvordan disse anvendes. I tillegg anvendes enkelte dommer hvor nasjonale konsesjonsordninger ikke har blitt godkjent, men

²³ Graver (2002).

²⁴ Bekkedal (2008).

²⁵ Eriksen (2009).

²⁶ Heistad, Markus *Legal certainty i konsesjonssaker*, Oslo, 2006. (Spesialavhandling ved Universitetet i Oslo). Denne avhandlingen handler i stor grad om de såkalte Golden shares-sakene, som ikke behandles i oppgaven.

²⁷ Jeg har vært gjennom *EØS-rett* op. cit., og Barnard (2013).

de settes da i sammenheng med andre dommer hvor nasjonale konsesjonsordninger ble godkjent. Sammen kan da dommene illustrere rekkevidden av EU-rettens krav.

De EU-rettslige prinsippene har en usikker rekkevidde i norsk rett, og en rekke er sentrale for oppgaven.²⁸ Potensielt sett er de ganske vidtrekkende, men prinsippene har ikke fått noen plass i fremstillinger av norsk forvaltningsrett. Men trolig vil prinsippene også gjelde for norsk forvaltningsretts møte med EU-retten.²⁹ Dette behandles nedenfor under punkt 2.2. Ellers vil det materielle innholdet i prinsippene bli behandlet der det er aktuelt. Et annet sentralt spørsmål er når EU-reglene kommer til anvendelse. Med andre ord; når må forvaltningen ivareta de krav som EU-retten krever. Dette kommer jeg nærmere tilbake til under punkt 2.3.

1.5 De fire friheter og nasjonale konsesjonsordninger

Nasjonale konsesjonsordninger har vært tema i en rekke saker for Domstolen. Det er lite tvilsomt at nasjonale konsesjonsordninger innebærer en restriksjon på de fire friheter.³⁰ Allerede i sak C-130/80 uttalte Domstolen at:

*«[r]etten til fri handel kan ikke gøres afhængig af en skønsbeføjelse eller tolerance hos de nationale myndigheder».*³¹

Tilsvarende er det ikke tvilsomt at vide skjønnshjemler for nasjonale myndigheter i seg selv kan utgjøre en restriksjon, noe de såkalte Golden Shares-sakene er gode eksempler på fra

²⁸ De aktuelle prinsippene er forholdsmessighet, rettssikkerhet, likebehandling, beskyttelse av berettigede forventninger, forutberegnelighet og begrunnelsesplikten.

²⁹ Slik også Graver (2002) s. 76 synes å forutsette.

³⁰ For en nærmere redegjørelse for dette, Eriksen op. cit. s. 73 følgende.

³¹ Sak C-130/80 Straffesag mod Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV (premiss 14). Se også Bekkedal op.cit. s. 341.

nyere tid.³² På samme måte er også forbud med adgang til dispensasjon å anse som en restriksjon.³³ EU har også erkjent at konsesjonsordninger innebærer et problem, og tjenstedirektivet er et av midlene som benyttes for å redusere antallet konsesjonsordninger.³⁴ Men som det vises nedenfor, er nasjonale konsesjonsordninger med en skjønnsmyndighet for forvaltningen i mange tilfeller akseptert av Domstolen, men på nærmere premisser.

Hver gang nasjonale forvaltningsmyndigheter fatter et vedtak under en konsesjonsordning, griper den i prinsippet inn i de fire friheter. At det ikke bare er generelle regler som kan angripes, men også enkeltvedtak, er klart.³⁵ Disse inngrepene må derfor være hjemlet i allmenne hensyn og bestå proporsjonalitetstesten. Dette er velkjent for de fleste jurister.

Hva som er legitime allmenne hensyn i denne sammenheng, kommer ikke til å bli behandlet noe nærmere, men det fortjener en viss omtale allikevel.³⁶

Den grunnleggende dommen på området er C-205/99 (*Analir* m.fl.).³⁷ Denne dommen er utgangspunkt for de aller fleste dommer som omhandler nasjonale konsesjonsordninger. I denne avgjørelsen viser Domstolen til en rekke av sine tidligere avgjørelser, men det er denne dommen som danner grunnlaget for den videre utviklingen av EU-rettslige krav til nasjonale konsesjonsordninger.³⁸

³² For en analyse av dommene, se Eriksen op. cit. s. 139 følgende.

³³ Bekkedal op. cit. s. 311-312, sak C-473/98 *Kemikalieinspektionen mod Toolex Alpha AB* (premiss 34-35), sak C-390/99 *Canal Satélite Digital SL mod Administración General del Estado* (premiss 41).

³⁴ EP/Rdir 2006/123/EF.

³⁵ *EØS-rett* op. cit. s. 297, sak C-36/75 *Roland Rutili mod Innenrigsministeren*.

³⁶ Se *EØS-rett* op. cit for en generell gjennomgang, se likevel punkt 2.4.

³⁷ Sak C-205/99 *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m.fl. mod Administración General del Estado*.

³⁸ Sak C-205/99 *Analir* (premiss 21).

2 Generelt om EU-rettslige krav til nasjonale konsesjonsordninger

2.1 Begreper

Før jeg går på løs på redegjørelsen for de generelle krav som stilles til konsesjonsordninger, er det hensiktsmessig med en kort gjennomgang av de ulike begrepene som er benyttet i oppgaven. Begrepet «konsesjon» er ikke definert klart i EU-retten. I fortalen til tjenstedirektivet er begrepet «tillatelsesordning» definert som:

*«forvaltningsmessige framgangsmåter for å gi tillatelser, lisenser, godkjenninger eller konsesjoner, men også plikten til å være tilsluttet et bransjeorgan eller være oppført i et register, en oversikt eller en database, være offisielt utpekt til et organ eller inneha yrkesbevis for å kunne utøve vedkommende virksomhet. Tillatelser kan gis ikke bare ved en formell beslutning, men også ved en stilltiende beslutning som for eksempel følger av at vedkommende myndighet ikke reagerer, eller at den berørte part må vente på en kvittering på mottak av en erklæring for å kunne starte vedkommende virksomhet, eller for at virksomheten skal bli lovlig».*³⁹

Det skilles altså ikke mellom tillatelser, godkjenninger, lisenser eller konsesjoner. I norsk rett er «konsesjon» gjerne brukt som en fellesbetegnelse på alle disse formene. I tillegg benyttes konsesjon som et begrep for en handling som i utgangspunktet er forbudt, men som kan tillates dersom nærmere krav er oppfylt.⁴⁰ I oppgaven skilles det heller ikke slik, og det legges til grunn et vidt konsesjonsbegrep som omfatter alle disse ordningene. I tillegg bruker jeg begrepet på ulike tilfeller hvor det kan oppnås en posisjon som en ellers ikke hadde oppnådd dersom en ikke hadde søkt om dette. Det beste eksempelet er kanskje der hvor medisinsk behandling i utlandet er betinget av en godkjenning for å motta denne

³⁹ EP/Rdir 2006/123/EF fortalens punkt 39.

⁴⁰ Eckhoff (2011) s. 458.

behandlingen. Det gir her ikke mening å snakke om at en handling i utgangspunktet er forbudt, men at den kan tillates etter nærmere søknad.

«Skjønn» i oppgaven benyttes i de tilfellene hvor forvaltningen på en eller annen måte er gitt en diskresjonær kompetanse til å bestemme om et vedtak skal fattes. I norsk rett er dette ofte tilfellet hvor ordet «kan» er brukt, slik at det er opp til forvaltningen å bestemme om vedtaket skal fattes når de aktuelle vilkårene er oppfylt.⁴¹ I tillegg benyttes «skjønn» for de tilfellene hvor forvaltningen er gitt en adgang til å dispensere fra en ellers forbudt eller påbudt handling. Begrepet benyttes også der hvor forvaltningen har en frihet til å bestemme over vedtakets innhold, det vil si de tilfellene hvor det i og for seg ikke er noe skjønn involvert i spørsmålet om en konsesjon skal gis, men heller der hvor valget står mellom flere alternativer for vedtakets innhold.

Når det gjelder de aktuelle prinsippene som anvendes i oppgaven, behandles de der hvor de er aktuelle. Der hvor disse prinsippene er anvendt i dommer som omhandler konsesjonsordninger eller tilgrensende temaer, er disse prinsippene trukket og sett hvilken betydning de får for nasjonale konsesjonsordninger. Det er nettopp disse uttalelsene som er interessante. I tillegg anvendes konkrete rettssetninger som Domstolen har utledet fra prinsippene. De dommene gjelder ikke nødvendigvis konsesjonsordninger. Poenget med å anvende disse uttalelsene er at de nettopp vil ha betydning for nasjonale konsesjonsordninger.

2.2 Særlig om prinsipper utviklet av EU-organer og deres betydning for norsk rett

Når det gjelder de aktuelle prinsippene som anvendes i oppgaven, ville en lengre redegjørelse for disse begrepene sprengt oppgavens rammer. Likevel må prinsippenes betydning for EØS-retten problematiseres, i og med at deres rekkevidde i EØS-retten nok er noe usikker.

EUs organer og særlig Domstolen har gjennom sitt virke utviklet en rekke prinsipper, herunder prinsipper for god forvaltning,⁴² og det er skrevet flere og omfattende bøker om prinsippene.⁴³ Dette er prinsipper som det kreves at EUs organer

⁴¹ Men det er ikke avgjørende at ordet «kan» er benyttet, se Eckhoff op. cit. s. 395

⁴² Se også Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter artikkel 41 om god forvaltning.

overholder i sin utøvelse, og som det er stilt krav om at nasjonale forvaltningsmyndigheter overholder ved anvendelse av EU-regler og regler som har en side til EU-retten.⁴⁴ En del forfattere legger til grunn at slike prinsipper også gjelder for nasjonale forvaltningsmyndigheter. Et eksempel er Fenger i sin bok *Forvaltning og Fællesskab*.⁴⁵ Graver er også inne på denne problemstillingen, men er mer bevisst på at det ikke ubetinget kan legges til grunn at kravene som gjelder internt i EU, også gjelder for nasjonale forvaltningsorganer. Samtidig peker han på at de kravene Domstolen har stilt til nasjonale forvaltningsmyndigheter, i første rekke har blitt utviklet i relasjon til EU-organer.⁴⁶ Schwarze på sin side synes noe mer skeptisk til å gi prinsippene om «legal certainty» og berettigede forventinger rekkevidde også for nasjonale myndigheters vedkommende, han anser dem mer for å være minimumsstandarder.⁴⁷ Problemstillingen blir dermed hvor langt disse prinsippene rekker for norsk forvaltningsrett.

Hensynet til ensartethet, som fremgår av EØS-avtalens artikkel 1, tilsier at i de tilfellene hvor det er utviklet en praksis som gjelder for EUs organer, og også gjelder for nasjonale forvaltningsorganer, bør disse følges av norske myndigheter. På den andre siden vil konteksten bli en del annerledes, all den tid Norge ikke er medlem av EU, og kravene i mange tilfeller kan bli stilt på rettsområder som ikke er omfattet av EØS-avtalen. Med andre ord reiser det seg også suverenitets-spørsmål her. Noe klart svar på i hvilken utstrekning disse prinsippene også gjelder for norsk rett, er vanskelig å gi. Det er nok lettere å gi de gjennomslag der hvor prinsippene har blitt uttalt i dommer som gjelder områder som er omfattet av EØS-avtalen. Men samtidig er det nå en gang slik at dersom et generelt prinsipp utviklet av Domstolen gjelder for EUs organer, vil det i utgangspunktet gjelde for alle områder hvor nasjonale forvaltningsmyndigheter møter EU-retten. Hensynet til ensartethet vil dermed veie tungt når norske rettsanvendere støter på disse prinsippene. Det mest nærliggende vil da være å gå ut fra at prinsippet gjelder også for norsk retts vedkommende, med mindre det er grunn til å anta at prinsippet ikke skal gjelde for norsk rett. For utgangspunktet vil nettopp være at prinsippet gjelder for alle områder i EU.

2.3 Når kommer EU/EØS-reglene til anvendelse?

Som nevnt innledningsvis er det et spørsmål når EU/EØS-reglene kommer til anvendelse for myndighetenes utøving av kompetanse. Oppgavens rammer tillater ikke noen dyptgående analyse av dette, men det fortjener allikevel en viss omtale. Grunnen til dette er at spørsmålet vil ha betydning for når norske myndigheter må overholde de kravene fra EU-retten som gjennomgås i oppgaven.

⁴³ *EØS-rett* op. cit. s. 66.

⁴⁴ *EØS-rett* op. cit. s. 67.

⁴⁵ Se for eksempel side 590 om betydningen av forvaltningens tidligere uttalelser, eller om adgangen til å endre praksis side 620-621.

⁴⁶ Graver (2002) s. 75.

⁴⁷ Schwarze (2006) s. 1112-13.

For at EØS-reglene om de fire friheter skal komme til anvendelse må det foreligge et grenseoverskridende element, med mindre reglene er utslag av en EU-rettsakt som dermed gjelder som norsk lov.⁴⁸ I norske domstoler har det kommet opp spørsmål om norske konsesjonsordningers forenelighet med EU-retten. På tilsvarende måte som sakene har kommet opp i Domstolen, har personer som har blitt berørt av enkeltvedtak angrepet vedtakene og/eller konsesjonsordningene. I de sakene som har vært oppe i norske domstoler, har det nettopp vært slik at domstolene har avvist de EØS-rettslige anførselene med den begrunnelse at det ikke foreligger noe grenseoverskridende element. Et godt eksempel på dette er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 607. Saken gjaldt en fritidseiendom som ved konsesjonsvilkår var pålagt videresolgt til staten, og spørsmålet i saken var hvilket verdsettelsesprinsipp som kom til anvendelse. Den private part anførte i saken at:

*«[e]n slik verdifastsettelse er også i strid med EØS-avtalen artikkel 40 om fri bevegelse av kapital og artikkel 4, ikke-diskrimineringsprinsippet. Konsesjonsreglene innebærer at utlendinger løper en større risiko for å rammes av konsesjonsvilkår om delavståelser enn norske borgere. Hvis slike delavståelser erstattes etter andre verdsettelsesprinsipper, ville dette innebære en negativ forskjellsbehandling av borgere fra andre EØS-land og være i strid med EØS-retten».*⁴⁹

Til dette uttalte Høyesteretts flertall nokså kort og bombastisk i premissene 65-67 at:

«Samuelson har endelig gjort gjeldende at det anvendte utmålingsprinsippet strider mot EØS-avtalen. Heller ikke denne anførsel kan føre frem. Saken dreier seg om en eiendom i Norge som er kjøpt av en norsk statsborger. Som lagmannsretten har understreket, dreier saken seg om et rent internt forhold, uten noe grenseover-

⁴⁸ EØS-rett (2011) s. 301 og mer generelt Bergmark, Simen *Kravet om et grenseoverskridende element*. Oslo, 2011. (Spesialavhandling ved Universitetet i Oslo).

⁴⁹ Rt. 2005 s. 607, premiss 18.

skridende element som kunne bringe EØS-retten til anvendelse. Jeg kan for øvrig vanskelig se at anvendelsen av direkteprinsippet kan karakteriseres som diskriminerende overfor borgere i andre EØS-land. Under ingen omstendighet [!] kan EØS-avtalen få betydning som et tolkingsmoment utenfor avtalens virkeområde og utover det som følger av EØS-samarbeidet. Jeg viser til Rt-2004-834».⁵⁰

Høyesterett går her langt i å sette til side EØS-avtalen som tolkningsmoment, og legger til grunn at EØS-retten ikke kommer til anvendelse i slike tilfeller.

Det nyeste eksempelet på at en konsesjonssak kom for norske domstoler, er saken LB-2011-149593. Saken gjaldt gyldigheten av et enkeltvedtak. Et selskap hadde kjøpt en eiendom i Hol kommune. Kommunen hadde med hjemmel i konsesjonsloven § 7 anmodet om nedsatt konsesjonsgrense for eiendommen, og dette var vedtatt. Selskapet hadde gjort gjeldende at konsesjonsloven § 7 måtte fortolkes og praktiseres i samsvar med EØS-avtalens artikkel 40, og at forskriften ikke oppfylte kriteriene som følger av EØS-retten for å kunne innskrenke den frie kapitalbevegelsen. I denne forbindelse uttalte lagmannsretten:

«Lagmannsretten finner ikke at anførselene kan føre frem. Det er uomstridt at EØS-avtalen ikke direkte kommer til anvendelse i saken, idet saken ikke har noe grenseoverskridende element. Lagmannsretten viser til Borgarting lagmannsretts dom av 25. oktober 2011 (LB-2010-152530) hvor dette er lagt til grunn for så vidt gjelder konsesjonsloven § 11».⁵¹

⁵⁰ Rt. 2005 s. 607, premiss 65-67.

⁵¹ Denne dommen gjelder strengt tatt forskrifter, og da gjør EØS-reglene seg i alle tilfelle gjeldende, all den tid det ikke er tillatt etter EØS-reglene å ha EØS-stridige regler. Uansett vil mange av de prinsipper som gjør seg gjeldende være de samme både når det gjelder vedtak og forskrifter.

Riktigheten av de norske dommene kan diskuteres, særlig sett i lys av *Garkalns*.⁵² Det materielle i den dommen behandles senere i oppgaven. Det interessante ved dommen i denne sammenhengen er det Domstolen uttaler om kravene til grenseoverskridende element og når nasjonale myndigheter plikter å overholde til EU-rettslige reglene. Saken gjaldt det latviske selskapet Garkalns som søkte om tillatelse til å åpne en spillehall i et kjøpesenter i Riga. Avslag ble gitt med den begrunnelse at myndighetene ikke ønsket at offentligheten skulle fristes til å delta i gambling, når dette kjøpesenteret lå i nærheten av flere andre rekreasjonsfasiliteter.⁵³ Selskapet brakte saken inn for retten, og ankeinstansen forela Domstolen et prejudisielt spørsmål i den forbindelse. Spørsmålet var om den latviske regelen var i strid med TEUV artikkel 56. Domstolen måtte ta stilling til om EU-retten i det hele tatt var relevant her. Årsaken til dette var at selskapet var opprettet og etablert i Latvia, og alle omstendigheter i saken hadde tilknytning til medlemsstaten. Men Domstolen uttalte følgende:

*«Som det fremgår av Domstolens praksis, kan sidstnævntes besvarelse selv under sådanne omstendigheder ikke desto mindre være relevant for den forelæggende ret, bl.a. såfremt det er et krav i den nationale lovgivning, at en indenlandsk statsborger skal have de samme rettigheder som dem, en statsborger fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på EU-retten i en tilsvarende situation».*⁵⁴

Og videre:

«Desuden bemærkes, at selv om en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som finder anvendelse uden forskel på lettiske statsborgere og statsborgere i andre medlemsstater, i almindelighed kun kan være omfattet af bestemmelserne om de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved EUF-traktaten, for så

⁵² Sak C-470/11 SIA Garkalns mod Rīgas dome.

⁵³ Sak C-470/11 Garkalns (premiss 7-13).

⁵⁴ Sak C-470/11 Garkalns (premiss 20).

vidt som den vedrører situationer, der har en forbindelse med samhandelen mellem medlemsstaterne, kan det imidlertid på ingen måde udelukkes, at erhvervsdrivende, der er etableret i andre medlemsstater end Republikken Letland, har været eller er interessert i at åpne hasardspillehaller på Letlands område».⁵⁵

Dommen viser hvor lite som skal til for at EU-reglene finner anvendelse. Riktignok uttaler Domstolen at svaret i saken vil få betydning der hvor det etter nasjonal rett er et krav til likebehandling av utenlandske og innenlandske borgere. I tillegg bemerkes det at det ikke er utenkelig at svaret Domstolen gir vil kunne ha betydning for utenlandske selskaper. Domstolen har også vært svært villig til å besvare spørsmål fra nasjonale rettsinstanser⁵⁶ til tross for at det i saken ikke foreligger noe grenseoverskridende element.⁵⁷ Sak C-221/12 kan også nevnes her, hvor Domstolen i en sak om en konsesjonsordning uttaler at det ikke kreves:

«for at der foreligger en bestemt grenseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende rent faktisk har manifestert sin interesse».⁵⁸

Det fremgår med andre ord at det ikke må foreligge et konkret grenseoverskridende element for at en konsesjonsordning må overholde de EU-rettslige kravene.

Enda lenger går kravene i de forente sakene C-197/11 og C-203/11.⁵⁹ Kort fortalt gjaldt saken om enkelte bestemmelser i TEUV eller direktiv 2004/38/EF var til hinder for en bel-

⁵⁵ Sak C-470/11 Garkalns (premiss 21).

⁵⁶ Bergsmark op. cit. s. 111.

⁵⁷ For en nærmere analyse av disse spørsmålene, se Halvard Haukeland Fredriksen (2011) s. 34 følgende.

⁵⁸ Sak C-221/12 Belgacom NV mod Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM), Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (premiss 31).

gisk ordning hvor overdragelse av eiendom i enkelte kommuner var betinget av at et lokalt utvalg fant at det var en «*tilstrækkelig tilknytning*» mellom den potensielle kjøper eller leietager i kommunene.⁶⁰ Alle spørsmålene hadde kun tilknytning til Belgia, og det ble gjort gjeldende fra belgiske myndigheters side at det ikke var nødvendig å besvare spørsmålene. Domstolen uttalte i den forbindelse at:

*«[d]et er ganske vist ubestridt, at sagsøgerne i hovedsagen er belgiske retssubjekter, og at alle forhold i hovedsagerne begrænser sig til én medlemsstats område. Det kan dog ikke udelukkes, at private personer eller virksomheder etableret i andre medlemsstater end Kongeriget Belgien har intentioner om at erhverve eller leje fast ejendom beliggende i målkommunerne og således er berørt af bestemmelserne i det i hovedsagen anfægtede flamske dekret (jf. i denne retning dom af 19.7.2012, sag C-470/11, Garkalns, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis)».*⁶¹

Som det fremgår av sitatet, er det tilstrekkelig at andre rettssubjekter kan være interessert i de samme eiendommene, for at Domstolen skal kunne besvare spørsmålet. Samtidig presiserte Domstolen sin uttalelse i neste premiss ved å uttale at:

«[s]om generaladvokaten i øvrigt har anført i punkt 23 i forslaget til afgørelse, har den forelæggende ret forelagt sagen for Domstolen inden for rammerne af et søgsmål om annulation af disse bestemmelser, der ikke kun finder anvendelse på belgiske statsborgere, men ligeledes på statsborgere fra andre medlemsstater. Det

⁵⁹ Forente saker C-197/11 Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires ASBL, Olivier de Clippele mod Gouvernement flamand og C-203/11 All Projects & Developments NV m.fl. mod Vlaamse Regering.

⁶⁰ EP/Rdir 2004/38/EF.

⁶¹ Forente saker C-197/11 og C-203/11 Eric Libert m.fl. (premiss 34).

*følger heraf, at denne rets afgørelse, som følge af den nærværende dom, ligeledes vil have retsvirkning i forhold til sidstnævnte statsborgere».*⁶²

Domstolen peker her på at saken nettopp gjelder bestemmelsenes forenelighet med EU-retten. Det kan tenkes å være annerledes der hvor en sak utfordres på selve skjønnsutøvelsen, og hvor det er klart at det ikke foreligger noe grenseoverskridende element. Samtidig bidrar uttalelsene også til at enkelte av de norske dommene nok kan diskuteres. I den nevnte dommen i *Garkalns* stiller Domstolen krav til hvordan anvendelsen av konsesjonsordningen skal foregå, herunder også begrunnelseskravet.⁶³ Det synes som om disse kravene gjelder generelt, uavhengig av den konkrete saken. I alle tilfelle ble det stilt krav som kan utledes fra EU-retten, på et helt nasjonalt anliggende.

Det kan etter denne gjennomgangen synes som om norske domstoler kanskje legger inn et for strengt krav til når det må tas hensyn til EU-retten ved utøvelse av skjønnet. Et nokså kuriøst eksempel på hvordan forvaltningen stiller seg til EØS-rettens betydning finnes i Sivilombudsmannens uttalelse i sak Somb-2002-8. Saken er en god illustrasjon på hvordan EØS-retten i mange tilfeller vil påvirke forvaltningens oppgaver. I tillegg illustrerer den at den norske forvaltningen kanskje ikke alltid er like bevisst på hvilken innvirkning EØS-reglene har på norske, legitime regler. Saken gjaldt kontantstøttereglens utforming opp mot EØS-retten. I forbindelse med saken uttalte Barne- og familiedepartementet (nå Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet) følgende i brev til Sivilombudsmannen:

«Barne- og familiedepartementet holder fast på at det er i utgangspunktet opp til hvert enkelt medlemsland å tolke EØS-avtalens bestemmelser. Eventuell uenighet om tolkningsspørsmål kan bringes inn for ESA og eventuelt i siste instans for EF-

⁶² Forente saker C-197/11 og C-203/11 Eric Libert m.fl. (premiss 35).

⁶³ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 43).

*TA-domstolen. Slik vi ser det er det ikke noe i EØS-avtalens regler som direkte er til hinder for den strategien som Norge har valgt i denne saken».*⁶⁴

Ved sakens avslutning uttalte Sivilombudsmannen følgende:

*«Det må være klart at det ved fastleggelsen av hva som er gjeldende norsk rett, må tas hensyn til EØS-avtalen eller andre EØS-regler som skal gjelde som norsk rett, jf. EØS-loven § 1. I dette tilfellet er forordningen 1408/71 gjennomført i norsk rett ved forskrift 25. april 1997 nr. 384. Fastleggelsen av meningsinnholdet i EØS-reglene må skje på bakgrunn av den metode som benyttes i EF/EØS-retten, for så å sammenholdes med hva den norske regelen, isolert sett, ellers skulle tilsi. Jeg viser i denne sammenheng til forrangsregelen i EØS-loven § 2, som bestemmer at forskriften går foran dersom den kommer i konflikt med en senere lov, herunder kontantstøtteleven som ble vedtatt 26. juni 1998».*⁶⁵

Det er Sivilombudsmannens standpunkt som opplagt må være riktig, og forvaltningen må i alle tilfeller ta hensyn til EU/EØS-retten når den forvalter både «norske» regler og regler som har sitt utspring i EØS-avtalen.

Noen konklusjon på spørsmålet om norske domstoler har lagt til grunn en for streng bedømmelse av kravet til et grenseoverskridende element skal ikke gis her. Men det kan diskuteres hvor heldig det er at norsk rett potensielt sett har regler og praksis som er i strid med de fire friheter, og at de norske domstolene ikke tar tak i dette. Det er flere grunner til at en slik praksis er uheldig. For det første vil det være vanskelig for personer eller foretak fra andre medlemsstater å forholde seg til de norske reglene og forvaltningens praktisering av disse reglene. Som det vises nedenfor, er slike forutberegnelighetshensyn nettopp et av momentene Domstolen vektlegger når den vurderer om en konsesjonsordning er i tråd med

⁶⁴ Somb-2002-8.

⁶⁵ Somb-2002-8.

reglene om de fire friheter. For å ta et aktuelt eksempel, kan vi se på den nye forskriften til akvakulturloven, hvor det etter forskriftens § 10 kan gis dispensasjon i «særlige tilfeller» fra kravet om at et selskap kan eie maksimalt 40 % av produksjonskapasiteten innen lakse- og ørretoppdrett. Der er lett å se at utenlandske virksomheter kan ha vanskeligheter med å forutse når slike «særlige tilfeller» foreligger. For det andre gjør prinsippet om likhet for loven seg gjeldende her. Det er mulig å ha ulike regler eller ulik praktisering som er strengere for norske statsborgere enn utlendinger, såkalt omvendt diskriminering. Men det sier seg selv at noe slikt ikke vil være heldig.⁶⁶ For det tredje, der hvor en regel eller praktisering åpenbart er i strid med EØS-retten, er det neppe noe poeng å vente på at ESA tar opp saken, da er det likeså greit ta tyren ved hornene og dømme i den saken hvor spørsmålet om en norsk konsesjonsordning kommer opp.

2.4 Allmenne hensyn

Allmenne hensyn er kort fortalt hensyn som kan begrunne en restriksjon på de fire friheter der hvor restriksjonen ikke diskriminerer direkte på grunnlag på av nasjonalitet.⁶⁷ I tjenstedirektivets fortale punkt 40 er disse hensynene listet opp.⁶⁸ Det er antatt at disse allmenne hensynene ikke er uttømmende.⁶⁹

2.5 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet står sentralt i oppgaven. Prinsippet går ut på at et nasjonalt tiltak må være egnet og nødvendig for å nå det fastsatte målet. Med andre ord må ikke målet med

⁶⁶ Unntak kan selvsagt tenkes, for eksempel de norske reglene om boplikt. Dersom reglene hypotetisk sett skulle være i strid med EØS-reglene, kan det tenkes at det ut fra enkelte politiske målsettinger være heldig med såkalt omvendt diskriminering for å begrense virkningene av en eventuell motstrid mellom norske regler og EU-reglene.

⁶⁷ *EØS-rett* op cit s. 289 følgende.

⁶⁸ EP/Rdir 2006/123/EF.

⁶⁹ *EØS-rett* op. cit. 294

tiltaket kunne nås med mindre inngripende midler.⁷⁰ Det er under denne vurderingen at Domstolen ofte har uttalt seg om hvordan konsesjonsordninger må anvendes for ikke å være i strid med de fire friheter.

2.6 Bakgrunnen for kravene til nasjonale konsesjonsordninger

I rettspraksisen fra Domstolen er det etter hvert blitt utviklet en rekke krav til utformingen av nasjonale konsesjonsordninger. Dette finnes det etter hvert både en betydelig praksis og litteratur om.⁷¹ Nedenfor behandles de grunnleggende kravene som stilles til disse konsesjonsordningene, og da særlig kravene til *utformingen* av ordningene. Men den sentrale delen av oppgaven går også et skritt videre, og ser på hva som følger av EU-retten når det gjelder myndighetens skjønnsutøvelse under disse ordningene. En ordning i tråd med EU-retten er lite verdt dersom denne ikke også følges opp av nasjonale myndigheter. Dette har også Domstolen erkjent. Her kan dommen i sak C-278/03 nevnes, hvor Domstolen uttaler at:

*«[e]t traktatbrud kan således udspringe af en eksisterende administrativ praksis, som krænker fællesskabsretten, også selv om den gældende nationale lovgivning i sig selv er forenelig med denne ret».*⁷²

Tilsvarende gjelder innenfor EØS-avtalen, se sak E-6/12, hvor EFTA-domstolen uttaler at:

«The Court notes that even if the applicable national legislation itself complies with EEA law, a failure to fulfill obligations may arise due to the existence of an

⁷⁰ Se for eksempel EØS-rett op.cit. s. 293-296, Mathisen (2007).

⁷¹ Se nærmere Eriksen op. cit., Heistad op. cit og Graver (2002).

⁷² Sak C-278/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik (premiss 13).

*administrative practice which infringes EEA law when the practice is, to some degree, of a consistent and general nature».*⁷³

Motsatt kan imidlertid ikke en administrativ praksis veie opp for en rettsstridig lovgivning, slik Domstolen uttaler i sak C-189/03:

*«Under alle omstændigheder kan en administrativ praksis, der efter sin art kan ændres efter forvaltningens forgodtbefindende, og som ikke er bragt til offentlighedens kundskab på passende måde, ifølge fast retspraksis ikke anses for at udgøre en gyldig gennemførelse af forpligtelserne i henhold til EF-traktaten».*⁷⁴

2.7 Utgangspunktet – Analir

2.7.1 Sakens bakgrunn

Den grunnleggende dommen på feltet er den såkalte *Analir*-dommen. Saken gjaldt forståelsen av forordning (EØF) nr. 3577/92, som omhandler fri tjenesteutveksling innen sjøtransport.⁷⁵ Spansk lovgivning hadde en regel som sa at det var krevet en forutgående administrativ tillatelse for å kunne drive fast ruteseilas innenfor sjøtransport av offentlig interesse. I tillegg inneholdt spansk lovgivning en regel om at forvaltningen unntaksvis kunne inngå kontrakter av offentlig interesse for å sikre tilstrekkelige ytelser. Analir. m.fl. hevdet at dette var i strid med forordningen. Til tross for at spørsmålene forelagt Domstolen gjaldt forordningen, er de uttalelser Domstolen kommer med generelle i sin natur, og de har blitt lagt til grunn i senere dommer som omhandler nasjonale konsesjonsordninger. I tillegg gir Domstolen uttrykk for at spørsmålene må løses etter reglene om tjenesteyting.⁷⁶ Og som

⁷³ Sak E-6/12 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway (premiss 58).

⁷⁴ Sak C-189/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene (premiss 19).

⁷⁵ Rfo 3577/92/EØF.

⁷⁶ Sak C-205/99 Analir (premiss 22).

det vises nedenfor, er også de grunnsetningene som dommen gir uttrykk for, gjentatt i tjenstedirektivet.⁷⁷

2.7.2 Domstolens vurdering

Innledningsvis pekte Domstolen på at en ordning med forutgående godkjenning vil innebære en restriksjon på den frie bevegelse. Domstolen uttalte at en konsesjonsordning bare kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, og at den må være egnet og nødvendig. Målet med konsesjonsordningen var å sikre tilstrekkelig faste transportforbindelser innad i Spania, og Domstolen godtok dette som et allment hensyn.⁷⁸ Når det gjaldt nødvendighetsvurderingen av en konsesjonsordning, uttalte Domstolen følgende:

*«Følgelig forudsætter anvendelsen af en ordning med forudgående administrativ godkendelse som middel til at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste, at de nationale myndigheder forinden for bestemte strækninger har kunnet fastslå, at trafikken ikke er passende og regelmæssig, såfremt den udelukkende overlades til markedskræfterne. Der må med andre ord kunne godtgøres et faktisk behov for offentlig tjeneste. På den anden side må det, hvis en ordning med forudgående administrativ godkendelse skal være begrundet, også godtgøres, at en sådan ordning er nødvendig for at kunne pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste, og at den efter det tilstræbte formål er forholdsmæssig, dvs. at det samme mål ikke kan realiseres ved foranstaltninger, der i mindre omfang hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, navnlig ved en ordning med efterfølgende anmeldelser».*⁷⁹

Det første som kan utledes av dette, er at det stilles krav til at en konsesjonsordning må være nødvendig for at den skal passere proporsjonalitetstesten. Dette er etter hvert velkjent.

⁷⁷ EP/Rdir 2006/123/EF.

⁷⁸ Sak C-205/99 Analir (premiss 22-27).

⁷⁹ Sak C-205/99 Analir (premiss 34-35).

Videre uttalte Domstolen at det ikke kunne utelukkes at en ordning med forutgående administrativ godkjennelse er et egnet middel som gjør det mulig å angi konkret innholdet av en forpliktelse til offentlig tjeneste som skal pålegges en bestemt reder, eller på forhånd kontrollere en reders egnethet til å påta seg slike forpliktelser. Imidlertid uttalte også Domstolen at:

*«[d]e nationale myndigheders skøn ved iværksættelsen af en sådan ordning ikke retmæssigt [kan] føre til, at fællesskabsrettens bestemmelser, herunder bestemmelserne om en grundlæggende frihedsrettighed som den i hovedsagen omtvistede, berøves deres effektive virkning».*⁸⁰

Domstolen uttaler her eksplisitt at nasjonale myndigheter under en konsesjonsbasert ordning har en selvstendig plikt til overholdelse av de fire friheter. Der hvor et vedtak innebærer en restriksjon på friheter etter EU-retten, må forvaltningen selvstendig ta stilling til overensstemmelsen med EU-retten. Det er med andre ord ikke nok å anta at de nasjonale reglene er i overensstemmelse med EU-reglene. Domstolen godtok i dommen altså at det var legitimt med et krav om konsesjon i dette tilfellet. Men den satte også nærmere krav til utformingen og praktiseringen av denne ordningen. I det sentrale premiss 38 uttaler Domstolen følgende:

«Hvis en ordning med forudgående administrativ godkendelse skal være begrundet, skønt den bryder med en grundlæggende frihedsrettighed, må den i alt fald bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling og på forhold kendt af de pågældende virksomheder, således at de lægger en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse, der dermed ikke bliver udtryk for vilkårlighed. Således skal arten og rækkevidden af de forpligtelser til offentlig tjeneste, som skal pålægges ved hjælp af en ordning med forudgående administrativ god-

⁸⁰ Sak C-205/99 Analir (premiss 37).

*kendelse, oplyses på forhånd over for de pågældende virksomheder. Desuden skal enhver person, der udsættes for en restriktiv foranstaltning, ifølge en sådan fravigelse, kunne have retsmidler til rådighed».*⁸¹

Det sentrale ved sitatet er de krav som stilles til utformingen av nasjonale konsesjonsordninger. Ordningen må bygge på objektive kriterier, kriteriene må være kjent på forhånd og søkerne skal kjenne til arten og rekkevidden av det de blir pålagt. Domstolen overlot til nasjonale domstoler å avgjøre om den spanske ordningen oppfylte disse vilkårene. Mange av disse uttalelsene er senere tatt opp i tjenstedirektivet.⁸²

Om dommen skriver Bekkedal at den synes å være en ren henvisning til rule of law-prinsippet – kravene skal forebygge vilkårlighet og bidra til at en eventuell konsesjonssøker skal kunne kjenne sin rettsstilling på forhånd.⁸³ Det andre poenget ved dommen er Domstolens uttalelser om at ordningen ikke må medføre noen form for forskjellsbehandling. Dette må gjelde ikke bare selve ordningen, men også anvendelsen av ordningen. Det uttales også at den nasjonale myndighets skjønnsutøvelse ikke må være vilkårlig. Til slutt uttales det at de som vedtaket retter seg mot, skal ha rettsmidler til rådighet. Uttalelsene i *Analir* blir gjentatt i flere senere dommer. I tillegg utvides også kravene til nasjonale konsesjonsordninger. I *Smits/Peerbooms* kom den første videreutviklingen av kravene til konsesjonsordninger.⁸⁴

⁸¹ Sak C-205/99 *Analir* (premiss 38).

⁸² Eriksen, op. cit. s 118.

⁸³ Bekkedal, op. cit. s. 345.

⁸⁴ Sak C-157/99 *B.S.M. Smits, gift Geraets, mod Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M. Peerbooms mod Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*

2.8 Oppfølgingen– Smits/Peerbooms⁸⁵

2.8.1 Sakens bakgrunn⁸⁶

Kort tid etter avgjørelsen i *Analir* avsa Domstolen prejudisiell avgjørelse i *Smits/Peerbooms* hvor Domstolen bygde på det den hadde uttalt i *Analir*, og utdypet dette ytterligere.⁸⁷ Saken gjaldt også delvis forordning (EØF) nr. 1408/71, som nå er erstattet av forordning (EF) nr. 883/2004.⁸⁸ Men spørsmålene som er aktuelle i denne sammenhengen ble løst etter tjenestereglene.

2.8.2 Domstolens vurdering

Saken gjaldt det nederlandske helsesystemet, og ordningen knyttet til behandling i utlandet. Det materielle i saken behandles nærmere under punkt 3.2. I saken kom Domstolen til at det forelå en restriksjon på tjenesteglene, men at den kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn.⁸⁹ I denne sammenhengen er det interessant å se på de uttalelser Domstolen kom med under proporsjonalitetsvurderingen. Domstolen gjentok det den hadde uttalt i *Analir* i premiss 38 (se ovenfor punkt 2.7). Men den utvidet også kravene til hvordan en konsesjonsordning skulle utformes. Den uttalte at en slik ordning:

«endvidere [skal] være baseret på et proceduremæssigt system, som er let tilgængeligt og egnet til at sikre de berørte, at deres ansøgning bliver behandlet objek-

⁸⁵ Se også Eriksen, op. cit. s, 266

⁸⁶ Innledningsvis når det angår sakene som dreier seg om medisinsk behandling, er det greit å påpeke at direktiv 2011/24/EU nå er vedtatt, som kodifiserer mye av denne praksisen som gjennomgås nedenfor. Men dommene er likevel egnet til å belyse hvordan EU-retten stiller krav til nasjonale konsesjonsordninger.

⁸⁷ Sak C-157/99 *Smits/Peerbooms*

⁸⁸ Rfo 1408/71/EØF og Rfo 883/2004/EF.

⁸⁹ Sak C-157/99 *Smits/Peerbooms* (premiss 69-75).

tivt og upartisk inden for en rimelig frist, idet eventuelle afslag på tilladelser desuden skal kunne anfægtes under et søgsmål».⁹⁰

Her ser vi altså at Domstolen utvider kravene fastsatt i *Analir*. En konsesjonsordning må ikke innebære en unødig komplisert prosess. I tillegg må skjønnsutøvelsen være objektiv og upartisk, og en søknad må behandles innenfor rimelig tid. I tillegg skal det være søksmålsadgang, ikke bare adgang til rettsmidler. Disse uttalelsene synes å være generelle, uten noen henvisning til at det er en spesiell konsesjonsordning som ligger til grunn for dette.

2.9 Sporting Exchange⁹¹

2.9.1 Sakens bakgrunn

Et annet krav som fremgår av Domstolens praksis, er kravet til tilgjengeligheten av de vurderinger som nasjonale myndigheter foretar. Som nevnt under punkt 2.7 er det et krav om de kriterier som lå til grunn for ordningen måtte være tilgjengelige. Her kan dommen i *Sporting Exchange* tjene som et eksempel på hvor tilgjengelige kriteriene må være. Saken gjaldt den nederlandske konsesjonsordningen for pengespill. Etter nederlandsk rett er det forbudt å tilby spilltjenester med mindre det gis tillatelse til dette. Det britiske selskapet Sporting Exchange Ltd (Betfair) ønsket å tilby sine tjenester i Nederland, og søkte om tillatelse til å drive dette, men fikk ikke godkjenning. Saken gikk dermed til nederlandske domstoler som oversendte Domstolen spørsmål.

2.9.2 Domstolens vurdering

Spørsmålene for Domstolen gjaldt om Nederland måtte anerkjenne bevillingene utstedt i en annen medlemsstat, og om Nederland var forpliktet til å overholde prinsippet om gjennom-

⁹⁰ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 90).

⁹¹ Forente saker C-203/08 Sporting Exchange Ltd mod Minister van Justitie og C-258/08 Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd mod Stichting de Nationale Sporttotalisator.

siktighet ved tildelingen av konsesjon til hasardspill. Domstolen kom til at det forelå en restriksjon, men at EF-traktaten artikkel 49 (nå artikkel 56 i TEUV) ikke var til hinder for den nederlandske ordningen.⁹² Det neste spørsmålet var hvilke krav som stilles ved tildelingen av denne type konsesjoner. Domstolen uttalte at den nederlandske ordningen med enebevilling ikke kunne sammenlignes med tjenestekonsesjonskontrakter.⁹³ Men Domstolen pekte på at dette ikke medfører at de krav artikkel 49 stiller til likebehandling og gjennomsiktighet blir tilsidesatt.⁹⁴ Forpliktelsen til gjennomsiktighet var ifølge Domstolen en forutgående betingelse for medlemsstater til å tildele private næringsdrivende en enerett til å utøve økonomisk aktivitet. Domstolen kom til at en slik forpliktelse kan finne anvendelse innenfor rammene av en ordning med enebevilling. Til tross for at Domstolen uttalte at medlemsstatene står ganske fritt når de ønsker å fastlegge beskyttelsesnivå på spillområdet, kan ikke en slik ordning begrunne at nasjonale myndigheter treffer skjønnsmessige avgjørelser som kan føre til at EU-rettens bestemmelser mister deres effektive virkning. Domstolen gjentok så den kjente regelen om ordninger med forutgående administrativ godkjenning.⁹⁵ I tillegg uttalte den at:

*«[o]verholdelsen af ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed som følger deraf, må nødvendigvis indebære, at de objektive kriterier, som udgør rammerne for medlemsstaternes kompetente myndigheds skønsbeføjelse, gøres til genstand for en passende offentliggørelse».*⁹⁶

Domstolen setter her forutberegnelighetshensyn i forgrunnen. Eventuelle konsesjonssøkere skal kjenne til hvilke kriterier som skal oppfylles for å få innvilget konsesjonen. Hva som

⁹² Forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting (premiss 37).

⁹³ Det må presiseres her at slike ordninger med eneutbydere reiser en del særlige spørsmål, se Graver (2004). Imidlertid vil poenget som trekkes ut av dommen gjøre seg gjeldende i andre tilfeller også.

⁹⁴ Forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting (premiss 46).

⁹⁵ Forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting (premiss 47-50).

⁹⁶ Forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting (premiss 51).

er passende offentliggjøring er vanskelig å gi noe klart svar, og må trolig vurderes konkret i relasjon til den aktuelle konsesjonsordningen. Det er ikke gitt at kravene må fremgå av lovgivningen, så lenge søkerne er i stand til å kjenne kravene. Samtidig har Domstolen også akseptert vide skjønns hjemler i flere tilfeller.⁹⁷ Dermed vil rekkevidden av disse kravene være noe usikre i denne sammenhengen.

2.10 Oppsummering

Samlet sett danner disse dommene grunnlaget for kravene til nasjonale konsesjonsordninger. Dersom dette sammenfattes kort, er det første som kan trekkes ut at en konsesjonsordning må være nødvendig, med andre ord kan det ikke eksistere en konsesjonsordning der hvor hensynene blir ivare tatt på en like god måte ved en etterfølgende kontrollordning. I tillegg må konsesjonsordningen forfølge et legitimt formål. For det andre er det slik at nasjonale myndigheter har en plikt til selvstendig å ta stilling til EU-reglene. For det tredje må en slik ordning være objektiv, slik at avgjørelsene fra myndighetene ikke fremstår som vilkårlige. For det fjerde skal en søker kunne kjenne sin rettsstilling på forhånd. For det femte skal et vedtak under en ordning kunne prøves av en domstol. For det sjette stilles det krav om at prosedyren knyttet til konsesjonsordningen skal være lett tilgjengelig, med andre ord at det ikke er noen kompliserende prosedyrer involvert. Til slutt er det slik at en søknad må behandles objektivt og upartisk innen en rimelig frist.

Samlet sett er det flere hensyn som må ivaretas ved en ordning - forutberegnelighet, objektivitet, rettssikkerhet og domstolsadgang. Dette er de grunnleggende kravene, og dette er det etter hvert skrevet en del om og kommet flere dommer om. Men etter gjennomgangen av dommer underveis i oppgaven, er det særlig fem momenter som skiller seg ut når det gjelder forvaltningens posisjon under disse ordningene – med andre ord hvilke krav som stilles til myndighetene når en konsesjonsordning er legitim sett i lys av reglene om de fire friheter. Disse punktene er krav fra EU-retten knyttet til:

⁹⁷ Se nærmere under punkt 4.2.

- Objektivitet, vilkårlighet og forskjellsbehandling
- Vektlegging av hensyn
- Subsumsjonsskjønnet
- Anvendelse
- Begrunnelseskrav

2.10.1 Objektivitet, vilkårlighet og forskjellsbehandling

Det er en rekke krav som stilles av Domstolen i dommene som analyseres i oppgaven. Det som går igjen i Domstolens vurderinger i sakene, er de kravene som stilles til objektivitet, upartiskhet, krav om at det ikke forskjellsbehandles og at avgjørelser ikke er vilkårlige. Dette er begreper som ikke er ukjente i norsk forvaltningsrett, men det er ikke gitt at meningsinnholdet er det samme. Samtidig er det vanskelig å si noe spesifikt om hva som ligger i disse kravene, de blir ofte ikke konkretisert nærmere i dommene. Trolig er det mest nærliggende å se disse kravene som utslag av forutberegnelighetskrav og rettssikkerhetskrav knyttet til lovgivningen fra Domstolens side, slik for eksempel Heistad gjør. Om uttrykket vilkårlig skriver han:

*«Uttrykket "arbitrarily" tilsvarende det norske vilkårlig. Ordet gir assosiasjoner til den norske myndighetsmisbrukslæren. Det er imidlertid klart at Geelhoed her ikke stiller opp noen ugyldighetsgrunn. Vilkåret om "begrunnet tvil" gjaldt i denne saken vilkår for at det gjelder konsesjonsplikt. Vilkårlighet gjelder dermed bestemmelsene som regulerer om konsesjonsplikten inntreffer. Dette må ses i forhold til den materielle rettigheten i saken, som er fri bevegelse for kapital. Fravær av vilkårlighet gjelder dermed spørsmålet om at private skal kunne regne med at denne retten gjelder uhindret og i sin fulle bredde».*⁹⁸

⁹⁸ Heistad, op. cit. s. 42.

Han legger dermed til grunn at dette ikke har en side til myndighetsmisbrukslæren. Uttalelsene til Domstolen kommer også ofte i tilknytning til kravene til lovgivningen som ligger til grunn for ordningen. Samtidig er det lite tvilsomt at en vilkårlig skjønnsutøvelse fra forvaltningen i alle tilfeller vil være i strid med rettssikkerhetsprinsippet og de forutberegnelighetskrav som stilles av Domstolen. Allikevel er det ikke meg bekjent noen eksempler på at skjønnsutøvelsen har blitt underkjent på fordi Domstolen fant at den var i strid med kravene til objektivitet, vilkårlighet og forskjellsbehandling.

Domstolen har også uttalt seg om begrepet forskjellsbehandling, i de forente saker C-128/03 og C-129/03 (*AEM*) er dette definert som:

*«at forhold, der er sammenlignelige, behandles forskjelligt, dels at forskjellige situationer behandles på samme måte».*⁹⁹

Gode grunner taler vel for at noe tilsvarende vil gjelde for nasjonale forvaltningsmyndigheter, altså slik at samme forskjellsbehandlingsbegrep må legges til grunn i norsk rett når den møter EU-retten.

Denne delen av oppgaven viser at EU-retten inneholder begreper som vi gjenkjenner fra norsk forvaltningsrett, uten at begrepene nødvendigvis betyr det samme. Samtidig er det vanskelig å konkretisere noe nærmere hva disse begrepene krever.

2.10.2 Vektlegging av hensyn

Det er åpenbart at vektleggingen av hensyn i konsesjonsordninger vil bli annerledes etter EU-retten enn hva som følger av norsk rett. Når et vedtak griper inn i de fire friheter, innebærer det at forvaltningen i utgangspunktet bare kan ta hensyn til de såkalte tvingende all-

⁹⁹ Forente saker *AEM SpA (C-128/03)*, *AEM Torino SpA (C-129/03)* mod *Autorità per l'energia elettrica e per il gas m.fl.* (premiss 58).

menne hensyn ved sin vurdering av inngrepet. Da er det gjennom den domstolsskapte læren om tvingende allmenne hensyn at inngrep aksepteres. Disse hensynene er listet opp i tjenstedirektivets fortale punkt 40.¹⁰⁰ Hva som er det nærmere innholdet i disse bestemmelsene, behandles ikke her. EU-retten krever derimot at forvaltningen tar selvstendig stilling til disse spørsmålene, dette følger av *Analir*.¹⁰¹ Samtidig må forvaltningen også foreta en selvstendig vurdering av proporsjonaliteten av det vedtaket som fattes.¹⁰² I tillegg er det selvfølgelig slik at nasjonalitet ikke kan vektlegges i en konsesjonssøknad.

Det som også fremkommer, og som behandles nærmere under punkt 3, er at Domstolen griper inn i de nasjonale konsesjonsordningene, og ofte krever en bredere vurdering av nasjonale forvaltningsmyndigheter. Det er ofte ikke tilstrekkelig å vektlegge *ett* hensyn. Tilsvarende er det i dommene om medisinske tjenester uttalelser om hvilke hensyn som *ikke* kan benyttes til å avslå en konsesjonssøknad.

2.10.3 Subsumsjonsskjønnet

I flere dommer er det uttalelser om hvordan statene skal tolke og subsumere under nasjonale regler, i tillegg til hvilke faktum som skal legges til grunn under nasjonale bestemmelser. Dette er det første punktet som behandles i dybden. Imidlertid vil dette ikke bli sammenlignet med norsk rett. Årsaken til dette er for det første at dette ville medført en stofføkning. For det andre er de dommene som er analysert svært knyttet til den konkrete konsesjonsordningen. Det er derfor vanskelig å trekke ut noen generelle prinsipper fra dommene.

¹⁰⁰ EP/Rdir 2006/123/EF.

¹⁰¹ Sak C-205/99 *Analir*.

¹⁰² Graver 2002 s. 85-86.

2.10.4 Anvendelse

I tillegg til de punktene som er trukket ut over, er det i dommene flere uttalelser om hvordan en konsesjonsordning skal anvendes. Dette er både generelle uttalelser, og mer spesifikke uttalelser i tilknytning til konkrete konsesjonsordninger. Dette er det andre punktet som behandles nærmere. Her behandles også i hvilken grad norsk rett samsvarer med de kravene som er stilt fra Domstolen.

2.10.5 Begrunnelseskrav

Tilsvarende er det i dommene en rekke uttalelser om de krav som stilles til begrunnelsen fra nasjonale myndigheter når det gripes inn i de fire friheter. Det siste punktet som er valgt ut til særskilt behandling er dermed hvilket begrunnelseskrav som kan utledes av dommene om konsesjonsordninger. Under dette punktet behandles også norsk rett i lys av de EU-rettslige kravene.

2.11 Norsk rett og konsesjonsordninger¹⁰³

I norsk rett eksisterer det en rekke type konsesjonsordninger, og det er særlig brukt som et viktig styringsinstrument for staten.¹⁰⁴ Begrunnelsen har ofte vært at virksomhetens karakterer eller politiske hensyn har gjort det nødvendig å ha en konsesjonsordning som regulerer feltet.¹⁰⁵ For å nevne spennvidden av konsesjonsordninger i norsk rett, kan det vises til konsesjonsloven kapittel 3, forurensningsloven § 11 og lov om forsikringsformidling § 2-2.¹⁰⁶ I tillegg er det flere eksempler på at en handling eller lignende er forbudt, men at det kan dispenseres fra dette. Det kanskje mest kjente eksempelet på dette plan- og bygningsloven § 19-2, som gir en vid dispensasjonsmulighet fra bestemmelsene i loven. Ellers gir

¹⁰³ For en generell gjennomgang, se NOU 2012:2 s. 374-376.

¹⁰⁴ For en inngående analyse og redegjørelse for utviklingen, se Eriksen op. cit. kapittel 5.

¹⁰⁵ NOU 2012:2 s. 374.

¹⁰⁶ Se Eckhoff op. cit. s. 458-459.

forarbeidene til tjenesteloven et godt bilde på antallet konsesjonsordninger som eksisterer.¹⁰⁷ I vedlegg 3 til Ot.prp.nr.70 (2008-2009) er det oppgitt en rekke konsesjonsordninger.¹⁰⁸ Når dette er de ordningene som bare eksisterer på tjenesteområdet, og ikke er unntatt i direktivet, sier det litt om omfanget som eksisterer i norsk rett.¹⁰⁹ Svært mange av disse konsesjonsordningene gir nasjonal eller lokal forvaltning vide skjønns hjemler.

I norsk rett har det tradisjonelt vært den såkalte myndighetsmisbrukslæren som setter rammen for forvaltningens kompetanse. Læren er nærmere behandlet under punkt 4.13.2.

Når det gjelder ulike konsesjonsordninger, kan det grovt sett skilles mellom tre ulike ordninger som innebærer en form for skjønn. Den første er at det i utgangspunktet foreligger et uendelig antall konsesjoner som alle som søker potensielt kan få, men som forvaltningen er gitt et skjønn ved vurderingen om skal innvilges. Den andre er at det foreligger en begrenset tilgang på godet, for eksempel på grunn av naturressurser.¹¹⁰ Det finnes selvsagt også mellomformer. Et eksempel er medisinske tjenester, som i utgangspunktet er ubegrenset, men hvor andre typer ressurser vil sette rammer. Den tredje formen for konsesjonsordninger er der hvor en handling eller lignende i utgangspunktet er forbudt, men som etter søknad allikevel kan tillates.

I oppgaven går det et grunnleggende skille mellom avslag som blir gitt på konsesjoner, og når konsesjon innvilges. Det er særlig i de tilfeller hvor avslag blir gitt, at EU-reglene kommer til anvendelse, og som analyseres nedenfor. Men en konsesjonsordning kan også tenkes å være i strid med EU-reglene til tross for at konsesjonen blir innvilget.¹¹¹

¹⁰⁷ I alt er tallet 78, oppgaven tillater derfor ikke en oppramsing av alle ordningene.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.70 (2008-2009).

¹⁰⁹ EP/Rdir 2006/123/EF.

¹¹⁰ Se Graver (2004), s. 225.

¹¹¹ Se nærmere under punkt 4.8.

Nasjonale kompetansebestemmelser er sentrale for oppgaven, og de kan prinsipielt deles i tre deler. På den ene siden er det de vilkår som må være oppfylt for at konsesjon skal gis. For det andre er det «kan»-delen, som overlater den diskresjonære kompetansen til forvaltningen. For det tredje er det de rettsvirkninger som følger av vedtaket. Som det vises i oppgaven, påvirkes alle de tredje leddene potensielt av EU-retten.

2.12 Veien videre

I det følgende er temaet en gjennomgang av de tre hovedpunktene som er plukket ut. Det første som behandles er hvordan EU-retten påvirker subsumsjonsskjønnet og de vurderinger som gjøres av nasjonale myndigheter. Det andre er kalt anvendelse av konsesjonsordninger. Med anvendelse menes hvordan forvaltningen bruker den skjønnsmessige kompetansen som ligger i lovgivningen. For å se litt teoretisk på det, handler det om hvordan forvaltningen benytter seg av ordet «kan» i en konsesjonsordning, eller hvordan forvaltningen for eksempel benytter seg av skjønnsmessige hjemler. Tanken er å se på hvilke krav Domstolen stiller til hvordan denne diskresjonære kompetansen benyttes. Dette gjelder med andre ord både når forvaltningen tillater en handling, eller nekter en handling basert på et konsesjonskrav. I tillegg behandles enkelte andre problemstillinger som knytter seg til forvaltningens skjønnsutøvelse. Her er det særlig adgangen til å fastsette tyngende vilkår, omgjøringsadgangen og tidsbegrensning av konsesjoner som behandles. For det tredje behandles de krav som stilles i EU-retten når det gjelder begrunnelsen av vedtak som fattes. Dette er først og fremst aktuelt når en konsesjon blir nektet. Dette er interessant fordi dette er et av de områdene hvor det kan synes å være størst forskjell mellom norsk rett og EU-retten. I tillegg er det den eneste måten det kan vurderes i hvilken grad nasjonale myndigheter har overholdt EU-reglene. Begrunnelsen er dermed nært knyttet til anvendelsen av konsesjonsordningene.

3 Subsumsjonsskjønnet, tolkning av nasjonale regler og vurderinger under nasjonale regler

3.1 Innledning

Det første som kan trekkes ut av de dommene som er aktuelle, er hvordan de EU-rettslige reglene påvirker hvorledes nasjonale myndigheter anvender fakta på skjønnsmessige vilkår i nasjonal rett, det såkalte subsumsjonsskjønnet. Ett forbehold må tas før denne gjennomgangen. Dette er ikke mange dommene, og flere av dem gjelder medisinske tjenester. Det kan derfor diskuteres hvor mye som kan trekkes ut av disse dommene. Men i alle tilfelle kan denne delen vise at disse vurderingene ikke er helt upåvirket av EU-retten. I tillegg er det også et spørsmål om skillet mellom de tre punktene nevnt i overskriften - subsumsjonsskjønnet, tolkning og vurdering. Alle som er kjent med norsk rettskildelære, vet at grensen ikke er klar mellom disse punktene. Domstolen subsumerer heller ikke under EU-retten i prejudisielle avgjørelser, den avgjør bare tolkningen. Men i de aktuelle avgjørelsene nedenfor går Domstolen ganske langt i å stille krav til nasjonale regler. I tillegg flyter subsumsjonen, tolkningen og krav til vurderinger over i hverandre i den aktuelle rettspraksisen.

3.2 *Smits/Peerbooms*¹¹², *Müller-Fauré/van Riet*¹¹³ og *Inizan*¹¹⁴

Smits/Peerbooms gjaldt det nederlandske systemet for godkjenning av helsebehandling i utlandet, og kom opp i forbindelse med at to nederlandske personer var blitt nektet dekning av utgifter for medisinsk behandling i utlandet. Innledningsvis er det hensiktsmessig med noen ord om det nederlandske systemet. Etter nederlandsk rett er personer tilknyttet ulike sykekasser som dekker medisinsk behandling. Dette gir da rett til å bli behandlet av en per-

¹¹² Sak C-157/99 *Smits/Peerbooms*.

¹¹³ Sak C-385/99 *V.G. Müller-Fauré mod Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA og E.E.M. van Riet mod Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*.

¹¹⁴ Sak C-56/01 *Patricia Inizan mod Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*.

son eller institusjon som har en avtale med denne sykekassen. Vilåret for å motta behandling etter nederlandsk rett er at denne behandlingen er nødvendig etter pasientens behov, at det foreligger utsikt til effektiv terapi og at pasienten ikke har annet valg enn å søke den aktuelle behandlingen med det innhold og omfang. I tillegg er det et vilkår at behandlingen som blir ytet er «sædvanlig i lægekredse». Når det gjelder adgangen til å motta helsetjenester i utlandet, bestemmer nederlandsk rett at slik behandling kan mottas forutsatt at det blir gitt godkjenning fra sykekassen pasienten er tilsluttet på forhånd. Vilåret for at slik godkjenning skal gis, er de samme for å få behandling i Nederland.¹¹⁵

Domstolen måtte i saken ta stilling til vilåret i den nasjonale lovgivningen om at helsehjelpen som ble ytet måtte være «sædvanlig i lægekredse». Domstolen uttalte at uttrykket «sædvanlig i lægekredse», kunne undergis forskjellige fortolkninger, enten at det henviste til hva som er sædvanlig i Nederland, eller hva som er anerkjent i den internasjonale legevitenskapen.¹¹⁶ Domstolen bemerket at den eneste tolkningen av begrepet som kunne oppfylle de vilkår som er oppstilt i *Analir* og de ytterligere vilkår vist til over, er den hvor uttrykket «sædvanlig i lægekredse» omfatter det som er tilstrekkelig etterprøvet og godkjent av den internasjonale legevitenskapen.¹¹⁷ Videre uttalte Domstolen at systemet med forhåndsgodkjenning krever kriterier som er av objektiv karakter og som er uavhengig av behandlingssyterens etableringssted. En ordning hvor det kun tas hensyn til hva som er «sædvanlig i lægekredse» i Nederland, vil ikke oppfylle dette.¹¹⁸ Deretter uttalte Domstolen noe svært interessant:

«Såfremt betingelsen vedrørende den «sædvanlige» karakter af en behandling udvides således, at når en behandling er tilstrækkelig efterprøvet og godkendt af den internationale lægevidenskab, kan en ansøgning om tilladelse i henhold til ZFW

¹¹⁵ Se nærmere premissene 3-24.

¹¹⁶ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 92).

¹¹⁷ Sak C-205/99 Analir.

¹¹⁸ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 94-96).

*ikke afslås af den grund, må det derimod antages, at en sådan betingelse, som er objektiv og finder anvendelse uden forskel på indenlandsk og udenlandsk behandling, kan begrundes».*¹¹⁹

Det som fremgår av uttalelsen, er at Domstolen krever en endring i hva som subsumeres under vilkåret om at legebehandlingen må være «sædvanlig i lægekredse». En subsumsjon som utelukkende vektlegger nasjonal forskning og vitenskap, vil være i strid med tjenestereglene. Derimot, dersom også internasjonal vitenskap vektlegges, vil en slik subsumsjon være i tråd med tjenestereglene. Ved vurderingen av om en legeytelse i en annen medlemsstat oppfyller dette kriteriet, uttalte Domstolen at de nasjonale myndighetene må ta hensyn til:

*«alle de foreliggende relevante elementer, herunder bl.a. faglitteraturen og de eksisterende videnskabelige undersøgelser, de autoriserede udtalelser fra specialister og den omstændighed, at den pågældende behandling er eller ikke er dækket af sygeforsikringsordningen i den medlemsstat, hvori behandlingen gives».*¹²⁰

Domstolen presiserer her hva som skal hensyntas under den nasjonale regelen. Dersom man ser på utgangspunktet, var vilkåret i nederlandsk rett at behandlingen måtte være «sædvanlig i lægekredse». Etter Domstolens krav er det stilt opp presise retningslinjer for hva som skal vurderes under den nasjonale regelen. Kravene overlater dermed lite skjønn til de nasjonale myndighetene.

Tilsvarende var tilfellet for vilkåret i nederlandsk rett om at behandlingen var nødvendig. Om dette vilkåret uttalte Domstolen at det stod seg for så vidt at:

¹¹⁹ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 97).

¹²⁰ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 98).

*«den fortolkes således, at tilladelsen til at undergå behandling i en anden medlemsstat kun kan afslås, når en tilsvarende behandling eller en behandling, som frembyder samme grad af virkning for patienten, kan ydes rettidigt af en institution, med hvilken den forsikredes sygekasse har indgået en overenskomst».*¹²¹

Igjen er det tilfellet at Domstolen stiller krav til hvordan den nasjonale bestemmelsen skal tolkes, og også hvordan den kan anvendes. Når det gjaldt den nærmere vurdering av hva som var «samme virkning», uttalte Domstolen at nasjonale myndigheter må:

*«tage hensyn til alle de omstændigheder, der kendetegner hver enkelt konkret sag, under behørig hensyntagen ikke alene til patientens lægelige situation på det tidspunkt, hvor der ansøges om tilladelse, men også under hensyn til hans sygdomshistorie».*¹²²

Igjen presiserer Domstolen hvordan en bestemmelse skal forstås. Samtidig kreves det en inngående og konkret vurdering av den aktuelle saken, det skal tas hensyn til alle omstendigheter. Slike betingelser ville ifølge Domstolen gjøre det mulig for nasjonalstaten å opprettholde et adekvat sykehusstilbud, samtidig som sykeforsikringens stabilitet sikres. Domstolen innså at dersom mange valgte å benytte seg av medisinske tjenester utenfor Nederlands grenser, ville det kunne medføre problemer for planleggingen av sykehus tjenester, ulikevekt i tilbudet til sykehusbehandling og fare for svindel. Derimot slo Domstolen fast at når behandlingen ikke kunne dekkes av en institusjon som den forsikredes sygekasse er tilknyttet kan det ikke gis forrang til innenlandske sykehus som den forsikredes sygekasse ikke har en avtale med. Dette ville være i strid med proporsjonalitetsprinsippet.¹²³

¹²¹ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 103).

¹²² Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 104).

¹²³ Sak C-157/99 Smits/Peerbooms (premiss 102-107).

Dommen etterlater rom for flere refleksjoner. For det første prøver Domstolen konsesjonsordningen svært inngående. For det andre går Domstolen langt i å presisere de vurderingene nederlandske myndigheter må foreta. For det tredje kreves det en inngående vurdering fra de nasjonale myndighetenes side av de enkelte sakene, og det kreves at de nasjonale myndighetene må foreta både en bred og konkret vurdering av de enkelte sakene.

I forlengelsen av *Smits/Peerbooms* kom dommen i *Müller-Fauré/van Riet*, som også gjaldt den nederlandske ordningen.¹²⁴ Begge partene hadde fått avslag på å få dekket medisinsk behandling i utlandet. Avslag ble gitt med den begrunnelse at de kunne ha mottatt den samme behandlingen i Nederland innen en rimelig frist. Spørsmålet Domstolen tok stilling til, var om EF-traktatens artikkel 49 og 50 (nå artikkel 56 og 57 i TEUV) var til hinder for en ordning som den nederlandske. Her gjentok den det den hadde uttalt i *Smits/Peerbooms*¹²⁵, og uttalte i tilknytning til spørsmålet i saken at:

*«[v]ed vurderingen af, om en behandling, der frembyder samme grad af virkning for patienten, kan opnås rettidigt i en institution, der har indgået en overenskomst med den sygekasse, som den forsikrede er tilsluttet, er de nationale myndigheder forpligtet til at tage hensyn til alle de omstændigheder, der kendetegner hver enkelt konkret sag, under behørig hensyntagen ikke alene til patientens lægelige situation på det tidspunkt, hvor der ansøges om tilladelse, herunder i givet fald omfanget af patientens smerter eller arten af hans handicap, der for eksempel vil kunne gøre det umuligt eller overordentlig vanskeligt at udøve et erhverv, men også under hensyn til hans sygdomshistorie».*¹²⁶

¹²⁴ Sak C-385/99 *Müller-Fauré/van Riet*.

¹²⁵ Sak C-157/99 *Smits/Peerbooms*.

¹²⁶ Sak C-385/99 *Müller-Fauré/van Riet* (premiss 90).

Det som fremgår her, er at Domstolens uttalelse i *Smits/Peerbooms* presiseres ytterligere, hvor det gis anvisning konkret på hva som skal vektlegges.¹²⁷ Domstolen viste videre til *Smits/Peerbooms*. Til slutt i dette punktet i dommen uttalte Domstolen følgende:

*«Et afslag på forhåndstilladelse, der ikke er begrundet i frykten for spild eller svind, som følge af en overkapacitet på hospitalerne, men udelukkende på den omstændighed, at der på medlemsstatens territorium er ventelister for de pågældende hospitalsbehandlinger, hvorved der ikke tages hensyn til de konkrete omstændigheder, der kendetegner patientens lægelige situation, kan ikke udgøre en retfærdiggjort begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser».*¹²⁸

Igjen griper Domstolen inn i den nasjonale ordningen, ved for det første å gi anvisning på hvilke hensyn som ikke kan vektlegges. For det andre kreves det igjen en inngående vurdering av det konkrete tilfellet.

Mye av det som er nevnt over, går igjen også i *Inizan*, som gjelder mye av det samme som sakene nevnt over.¹²⁹ Et av spørsmålene i saken for Domstolen gjaldt den franske ordningens forhold til artiklene 49 og 50 (nå artikkel 56 og 57 i TEUV) i EF-traktaten. Den franske ordningen gikk ut på de franske sykekasser kunne refundere utgifter påløpt i forbindelse med helsebehandling i utlandet når vedkommende kunne godtgjøre at han ikke kunne få den fornødne behandling i Frankrike.¹³⁰ Domstolen konstaterte ganske raskt at en slik ordning var forenelig med EU-retten, så sant ordningen innebærer at:

¹²⁷ Sak C-157/99 *Smits/Peerbooms* (premiss 104).

¹²⁸ Sak C-385/99 *Müller-Fauré/van Riet*. (premiss 92).

¹²⁹ Sak C-56/01 *Inizan*.

¹³⁰ Sak C-56/01 *Inizan* (premiss 54-59).

*«[t]illadelse kan kun nægtes af denne grund, når en tilsvarende behandling eller en behandling, som frembyder samme grad af virkning for patienten, ikke kan ydes rettidigt i den medlemsstat, hvori han er bosat».*¹³¹

Dommen bekrefter her det Domstolen har uttalt tidligere, og harmonerer således godt med de tidligere dommene. Domstolen går også et skritt videre, og krever en grundig redegjørelse for hva som ligger bak vedtaket.¹³² Ellers gir ikke denne dommen så mye utover det Domstolen uttalte i de andre sakene som er nevnt ovenfor.

Tilsvarende er det lignende uttalelser om beslektede tilfeller i *Watts*.¹³³ Saken gjaldt en britisk borger som reiste til Frankrike for å få behandling for sin lidelse, men fikk avslag på å få behandlingen dekket. Hun gikk dermed til sak med krav om å få dekket utgiftene. Domstolen vurderte den britiske ordningen opp mot artikkel 49 (nå artikkel 56 i TEUV) i EF-traktaten. Den engelske ordningen (NHS) adskilte seg fra de tilfeller som tidligere hadde vært oppe i rettspraksis, ved at pasientene i England ikke var tilknyttet sykekasser, men et nasjonalt helsevesen. I spørsmålene som ble behandlet, ønsket den foreleggende rett opplyst om en NHS-pasient etter artikkel 49 er berettiget til å motta behandling i en annen medlemsstat på hjemstatens bekostning og hvilke betingelser som i tilfelle gjaldt. Domstolen slo etter en lengre gjennomgang fast at det forelå en restriksjon på fri flyt av tjenester når det ble krevet forhåndsgodkjenning,¹³⁴ og at den var begrunnet i allmenne hensyn.¹³⁵

Under prøvingen av proporsjonaliteten gjentok Domstolen det den hadde uttalt tidligere i sakene nevnt over om kravene til en konsesjonsordning. Når det gjaldt den britiske ord-

¹³¹ Sak C-56/01 Inizan (premiss 60).

¹³² Se nærmere under punkt 5.2.

¹³³ Sak C-372/04 *The Queen*, på anmodning af: Yvonne Watts mod Bedford Primary Care Trust og Secretary of State for Health.

¹³⁴ Sak C-372/04 *Watts* (premiss 101).

¹³⁵ Sak C-372/04 *Watts* (premiss 110).

ningen, var det i regelverket ikke presisert hvilke kriterier som gjaldt for meddelelser av eller avslag på behandling i utlandet. *Reglene* bestod dermed ikke proporsjonalitetstesten. Domstolen uttalte at den britiske ordningen manglet juridiske rammer. Dette er altså et eksempel på at selve ordningen ikke blir godkjent.¹³⁶ Men Domstolen uttalte også at:

*«afslag på forhåndstilladelse ikke alene kan begrundes med, at der er udarbejdet ventelister med henblik på planlægning og administration af udbuddet af hospitalsydelser, på baggrund af generelt fastsatte lægelige prioriteter, uden at der i hvert enkelt tilfælde har været foretaget en objektiv, medicinsk vurdering af patientens sygdomstilstand, baggrunden for og den forventede udvikling af sygdommen, omfanget af patientens smerter og/eller arten af hans handicap på tidspunktet for anmodningen om tilladelse eller for fornyelse af anmodningen om tilladelse».*¹³⁷

Igjen fremgår det at Domstolen krever en inngående vurdering. Samtidig presiserer også Domstolen hva som ikke kan begrunne et avslag.

Samlet sett kan disse uttalelsene fra Domstolen medføre at forvaltningen må ta hensyn til mer internasjonale vurderinger ved subsumsjonen.¹³⁸ Et eksempel kan være etter forurensningsloven, hvor en vurdering hvor det bare tas hensyn til norske kilder ved vurderingen av tiltakets påvirkning på miljøet, kan tenkes å være i strid med EU-reglene. I tillegg fremgår det også at det kreves ofte en bredere vurdering enn den som legges til grunn av nasjonale myndigheter og også en mer konkret og inngående vurdering enn hva de nasjonale myndigheter hadde foretatt i de aktuelle sakene.

¹³⁶ Sak C-372/04 Watts (premiss 121-122).

¹³⁷ Sak C-372/04 Watts (premiss 123). Her må også den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen nevnes i sak E-11/07 Olga Ringdal and Therese Slinning v Staten v/Dispensasjons- og klagenemnda for bidrag til behandling i utlandet, som berørte mange av de overnevnte spørsmålene, men som ikke sier noe ytterligere.

¹³⁸ Slik også Eriksen op. cit. s. 266.

Domstolen gir også uttrykk for at i alle tilfellene må hver enkelt sak prøves inngående. En overflatisk behandling av sakene vil være i strid med de EU-rettslige kravene.

Det samme er også tilfelle når det gjelder anvendelsen av disse konsesjonsordningene, det er flere uttalelser om når en søknad ikke kan avslås. Det er imidlertid et spørsmål om disse få dommene er egnet til å trekke ut noen generelle prinsipper fra. Dommene omhandler ikke tjenester i den forstand at de tilbys på det frie markedet, og det er heller ikke tjenestemottakeren som finansierer kjøpet selv. Samtidig er det også åpenbart at dette markedet ikke kan liberaliseres i samme grad som markeder for andre tjenester, nettopp av de overnevnte grunnene. På den andre siden er det neppe noe til hinder for at Domstolen vil komme til tilsvarende uttalelser i andre saker som gjelder subsumsjoner og tolkning av andre nasjonale bestemmelser. Det fremgår også nedenfor av uttalelsene i sak *Yellow Cab*¹³⁹ og *Ospelt*.¹⁴⁰

3.3 Yellow Cab

Saken i *Yellow Cab* fra Østerrike gjaldt et tysk selskap som ønsket å etablere seg på en bussrute i Wien.¹⁴¹ Innledningsvis kan det være greit å nevne at Domstolen underkjente den østerrikske ordningen med krav om at selskap som skulle utøve denne typen virksomhet måtte være etablert i Østerrike. Den ble funnet å være i strid med TEUV artikkel 49. Det andre spørsmålet gjaldt når en søknad om drift av en bussrute kunne avslås. Etter østerriksk rett kunne en slik søknad avslås dersom en eksisterende konsesjonsinnehaver kunne lide tap som følge av at en ny konsesjon ble gitt til en annen innehaver. Denne vurderingen skulle baseres på uttalelser fra det selskap som allerede hadde konsesjon, hvor vurderingen

¹³⁹ Sak C-338/09 *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH mod Landeshauptmann von Wien*.

¹⁴⁰ Sak C-452/01 *Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*.

¹⁴¹ Sak C-338/09 *Yellow Cab*.

av om konsesjon skulle innvilges deretter skulle foretas av østerrikske myndigheter.¹⁴² Spørsmålet i saken var om den østerrikske ordningen var i strid med reglene om tjenesteytelser og etableringsrett. Domstolen kom til at bestemmelsen utgjorde en restriksjon og at det i den forbindelse ikke kunne legges vekt på rentabiliteten til en konkurrerende virksomhet, da dette ikke utgjorde et tvingende allment hensyn.¹⁴³ Men Domstolen uttalte også i den forbindelse at:

*«[h]vis de i hovedsagen omhandlede nationale retsforskrifter skulle fortolkes således, at den nationale kompetente myndighed foretager vurderingen af en ansøgning om tilladelse alene på grundlag af svar fra indehaveren af en tilladelse vedrørende rentabiliteten af hans drift, selv om denne virksomhed er en potentiel direkte konkurrent til den virksomhed, der ansøger om en ny tilladelse, ville en sådan skønsudøvelse være i strid med EU-reglerne, idet den kunne bringe den objektive og upartiske behandling af den pågældende ansøgning om tilladelse i fare».*¹⁴⁴

Uttalelsen til Domstolen kan tolkes på forskjellige måter. På den ene siden kan den tas til inntekt for at det å vektlegge et slikt økonomisk hensyn vil være i strid med etableringsreglene. Men uttalelsen imidlertid er knyttet til den vurderingen som foretas, ikke vektleggingen av hensynene. Med tanke på ordleggingen til Domstolen kan dommen tolkes dit hen at rentabiliteten til en konkurrent kan tas med i vurdereringen, så sant dette ikke er det eneste som har betydning. Med andre ord krever Domstolen igjen en bredere vurdering, å vektlegge ett hensyn er ikke tilstrekkelig.¹⁴⁵ Til støtte for dette kan også avgjørelsen i *Jokela* trekkes frem.¹⁴⁶ I den dommen uttaler Domstolen at den aktuelle konsesjonsordningen stod seg,

¹⁴² Sak C-338/09 *Yellow Cab* (premiss 41-42).

¹⁴³ Sak C-338/09 *Yellow Cab* (premiss 52).

¹⁴⁴ Sak C-338/09 *Yellow Cab* (premiss 54).

¹⁴⁵ Slik også Eriksen op. cit. s. 135 synes å mene at EU-retten krever, men i relasjon til *Ospelt*.

¹⁴⁶ Forente saker C-9/97 og C-118/97 *Raija-Liisa Jokela og Laura Pitkäranta*.

og Domstolen sier implisitt at den krever at de nasjonale myndighetene må foreta en «objektiv og fullstendig analyse» av søknaden.¹⁴⁷

3.4 Ospelt

Saken i *Ospelt* gjaldt de østerrikske reglene for erverv av eiendom.¹⁴⁸ Stiftelsen i saken søkte om erverv av en eiendom i tråd med østerrikske regler. I den forbindelse opplyste stiftelsen at den hadde til hensikt å fortsette med å bortforpakte landbruksarealene. Søknaden ble avslått med den begrunnelse at stiftelsen ikke fylte vilkårene for utlendingers erverv av jordbruksarealer. Å innvilge tillatelse til ervervet ville ifølge østerrikske myndigheter være i strid med de formål som østerriksk lovgivning søkte å fremme, som var å opprettholde og etablere økonomisk fornuftige små og mellomstore landbruksbedrifter. I tillegg ble det påpekt at eieren ikke selv ville utøve landbruk, noe som i utgangspunktet var et krav etter østerriksk rett.¹⁴⁹

Spørsmålet for Domstolen i saken var om regelen i østerriksk rett var i strid med det alminnelige diskrimineringsforbudet i artikkel 12 i og artikkel 56 i EF-traktaten om frie kapitalbevegelser (nå artikkel 18 og 63 i TEUV). Domstolen kom først til at ordningen innebar en restriksjon på den frie kapitalbevegelse, men at den forfulgte legitime hensyn, i dette tilfellet ønsket om et levedyktig landbruk. Domstolen kom også til at en etterfølgende kontroll i motsetning til en godkjennelsesordning ikke ville være hensiktsmessig i dette tilfellet.¹⁵⁰

Men i proporsjonalitetsprøvingen kom Domstolen til at den østerrikske lovgivningen ikke kunne opprettholdes fullt ut. I den østerrikske lovgivningen var det et krav om at erververen selv måtte drive eiendommen som jordbruk. Hvis ikke dette var tilfellet, måtte ervervet

¹⁴⁷ Forente saker C-9/97 Jokela og C-118/97 Pitkäranta (premiss 48).

¹⁴⁸ C-452/01 Ospelt.

¹⁴⁹ Sak C-452/01 Ospelt (premiss 16-22).

¹⁵⁰ Sak C-452/01 Ospelt (premiss 43-44).

ikke være i strid med hensynet til å opprettholde og etablere et økonomisk sunt selveie for små og mellomstore landbruk. Myndighetene hadde i saken støttet seg på at vilkåret om at erververen selv skal dyrke arealet, og også skal bo på eiendommen, ikke var oppfylt. Domstolen uttalte at dersom østerrikske myndigheter tolket loven dit hen at en tillatelse alltid var betinget av at erververen måtte dyrke jorden selv og bo på eiendommen, ville det gå videre enn hva som var nødvendig for å nå de allmenne hensyn. Domstolen kom til at vilkåret i utgangspunktet var i strid med retten til fri flyt av kapital.¹⁵¹ Men Domstolen uttalte i premiss 53 følgende:

*«VGVG bestemmer imidlertid i § 5, stk. 1, litra a) at der kan meddeles tilladelse til erhvervelsen, selv om de betingelser, der er omhandlet i denne doms præmis 48–52, ikke er opfyldt, hvis erhvervelsen »ikke er i strid med hensynet til at opretholde og etablere et økonomisk sundt selveje for små og mellemstore landbrug«. Hvis VGVG i lyset af denne bestemmelse af de nationale myndigheder blev fortolket således, at den forudgående tilladelse afhængig af omstændighederne kan meddeles personer, som ikke er landmænd med bopæl på de pågældende arealer, som giver de nødvendige garantier for opretholdelse af den landbrugsmæssige drift af areaerne, ville VGVG ikke hindre de frie kapitalbevægelser du over, hvad der var nødvendigt for at opfylde sit formål».*¹⁵²

Østerrikske myndigheter hadde før denne dommen anvendt den østerrikske lovgivningen slik tillatelse til erverv ble nektet i alle tilfelle hvor erververen selv ikke skulle drive landbruket. Dette kunne ikke opprettholdes etter denne dommen. Det interessante ved dommen er de føringer Domstolen legger på hvordan den nasjonale bestemmelsen må tolkes i lys av reglene om fri flyt av kapital. Domstolen krever en mer ustrakt bruk av unntaksregelen i østerriksk rett, slik at bestemmelsen kommer i overensstemmelse med reglene om fri flyt av kapital. Dette fremgås også av svaret som Domstolen ga i saken:

¹⁵¹ Sak C-452/01 Ospelt (premiss 51–52).

¹⁵² Sak C-452/01 Ospelt (premiss 53).

*«Traktatens artikel 73 B og EF-traktatens artikel 73 C, 73 D, 73 F og 73 G (nu artikel 57 EF-60 EF) er ikke til hinder for, at erhvervelse af landbrugsarealer gøres afhængig af meddelelse af en forudgående tilladelse som den, der er indført ved denne lov. Bestemmelserne er imidlertid til hinder for, at denne tilladelse i alle tilfælde afslås med den begrundelse, at erhververen ikke selv dyrker de pågældende arealer i forbindelse med en landbrugsbedrift og ikke har bopæl på bedriften».*¹⁵³

Dermed kunne den østerrikske regelen opprettholdes, forutsatt at den ble tolket i tråd med kravene som fremgår av EU-retten.¹⁵⁴ Dommen viser dermed hvordan EU-reglene påvirker tolkningen av nasjonale, legitime regler.

3.5 Oppsummering

Når dommene vurderes samlet, er det flere poenger som kan trekkes frem. For det første er det verdt å merke seg hvor inngående Domstolen prøver enkelte av de nasjonale konsesjonsordningene.

For det andre setter Domstolen klare krav til både behandlingen av søknaden og når en slik søknad ikke kan avslås. Den vurderingen som kreves av forvaltningen i disse tilfellene er svært inngående, og forvaltningen må balansere flere hensyn. Dette synes å være begrunnet i at forvaltningen skal treffe et materielt sett riktig vedtak, med andre ord begrunnet i et rettssikkerhetshensyn. Det som kan tenkes etter disse dommene, er at de stiller krav til at en søknad om konsesjon må vurderes grundigere enn hva som ofte er tilfelle i norsk rett. Helt standardiserte avgjørelser vil neppe tilfredsstille kravene som er stilt i disse dommene.

¹⁵³ Sak C-452/01 Ospelt (dommens andre svar).

¹⁵⁴ Slik også Moloney (2005), som påpeker at dette er verdt å merke seg ved dommen.

For det tredje gir dommene et godt bilde på hvordan EU-retten påvirker nasjonale vurderinger, tolkninger og subsumsjoner under nasjonale regler. Vurderingene vil dermed flyttes opp på et annet nivå enn tidligere, i og med at nasjonale myndigheter må se hen til ikke bare nasjonale bestemmelser når de fatter vedtak, men også vurdere de nasjonale bestemmelsene i lys av EU-retten.

Samtidig er det likevel vanskelig å trekke ut konkret hva disse dommene krever når det gjelder den vurderingen som foretas og dermed den påvirkningen det har for norsk retts vedkommende. Det er ikke lett å trekke ut noen generelle prinsipper fra dommene. Men det som er lite tvilsomt, er at nasjonale myndigheter må ta hensyn til disse dommene i sin anvendelse av nasjonale konsesjonsordninger og at vedtak potensielt kan bli underkjent som følge av manglende overholdelse av de aktuelle kravene nevnt ovenfor.

4 Anvendelsen av skjønnnet under konsesjonsordninger

4.1 Innledning

Domstolen har i flere avgjørelser uttalt seg direkte om hvordan den spesifikke konsesjonsordningen som har vært oppe i saken, skal anvendes. Men det finnes også dommer hvor Domstolen uttaler seg mer generelt om hvordan en konsesjonsordning skal anvendes, eller hvor det i det minste kan trekkes ut noen prinsipper fra disse dommene. Det første som imidlertid må tas stilling til, er i hvilken utstrekning EU-retten overhodet tillater nasjonale konsesjonsordninger med vide skjønnshjemler. En dom av særlig interesse her er *Jokela*.¹⁵⁵ Domstolen uttaler her seg om adgangen til å ha vide skjønnshjemler i lys av rettssikkerhetsprinsippet.

4.2 I hvilken grad aksepterer EU-retten skjønnsmessige beføyelser hos nasjonale myndigheter?

Jokela gjaldt den finske ordningen med støtte til landbruk.¹⁵⁶ For å ha rett til denne støtten måtte støttemottakerne bo innen en viss avstand fra landbruket, men den kommunale myndighet kunne beslutte unntak fra dette dersom det forelå «særlige grunner» som tilsa det. Spørsmålet i saken var om dette var i strid med forordning (EØF) nr. 2328/91 og/eller direktiv 75/268/EØF eller andre prinsipper i EU-retten.¹⁵⁷ Det nærmere spørsmålet som er interessant for oppgaven, var om ordningen med et vilkår om at det måtte foreligge særlige grunner for dispensasjon var i strid med det EU-rettslige rettssikkerhetsprinsippet. Domstolen uttalte seg innledningsvis om hva dette prinsippet krever:

¹⁵⁵ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*. Dommen er også et eksempel på hvordan prinsipper i EU-retten anvendes på nasjonale regler.

¹⁵⁶ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

¹⁵⁷ Rfo (EØF) nr. 2328/91 og Rdir 75/268/EØF.

«Det bemærkes, at dette princip kræver, at retsreglerne skal være klare og præcise, og at der skal være forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under fællesskabsretten (jf. dommen i sagen Duff m.fl., a.st., præmis 20)».

Videre ble begrepet «særlige grunde» vurdert i lys av dette prinsippet. Domstolen uttaler her:

*«Begrebet særlige grunde er ganske vist upræcist, og de retlige situationer, som det vil kunne dække, er ikke klart afgrænset. For det første er denne upræcise karakter imidlertid begrundet med den finske lovgivers ønske om at give vedkommende myndighed et tilstrækkeligt smidigt instrument til at gøre det muligt for den, efter i hvert enkelt tilfælde at have foretaget en objektiv og fuldstændig analyse, at løse særlige problemer, som på grund af deres forskellighed umuligt kan forudses. For det andet vil denne upræcise karakter blive væsentligt formindsket, når der foreligger et antal fortilfælde, som gør det muligt at identificere og systematisere, og dermed forudse, de anvendte kriterier».*¹⁵⁸

Domstolen legger her til grunn en litt annen tankegang enn hva generaladvokaten foreslo i sitt forslag, men resonnementet hviler på de samme premisser, idet han uttalte:

*«Det er klart, at begrepet en «særlig grund» er vagt, og at borgeren ikke på forhånd ved, hvilke typer situationer der vil kunne henføres til denne kategori. Det er imidlertid umuligt på forhånd at forudse alle disse situationer. Desuden drejer det sig ikke om en betingelse som alle ansøgere skal opfylde, men om en fleksibel regel, der skal bidrage til løsningen af særlige problemer».*¹⁵⁹

¹⁵⁸ Forente saker C-9/97 Jokela og C-118/97 Pitkäranta (premiss 48 og 49).

¹⁵⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jean Mischo (premiss 67).

Skillet ligger i at generaladvokaten legger vekt på at det gjelder situasjoner som ikke alle skal oppfylle. Men forskjellen er neppe stor. I slike unntaksregler hvor det på en eller annen måte kreves at noe særlig eller spesielt er oppfylt, er det nettopp slik at ikke alle skal oppfylle en slik bestemmelse.

Et annet spørsmål knyttet til uttalelsen er om den innebærer at det bare aksepteres skjønnsmessige bestemmelser når det gjelder unntaksregler fra rettigheter etter EU-retten, og ikke regler som alle må oppfylle for å få konsesjon. Heistad synes å legge en slik tankegang til grunn, han skriver:

«[s]aksforholdet i Jokela skiller seg imidlertid på flere punkter fra saker om saken mot Nederland, og saker som gjelder restriksjoner på fri bevegelse. Jokela dreide seg om en rett til stønad, en stønad som i utgangspunktet var et unntak fra den felles landbrukspolitikk (CAP). I tillegg var det upresise vilkåret begrenset til et unntak fra et presist vilkår om boplikt, og boplikten forfulgte et sentralt formål med stønadsordningen, nemlig å opprettholde bosetning på landsbygda. Saken mot Nederland, på samme måte som saker om restriksjoner på fri bevegelse gjelder derimot rettigheter i medhold av fellesskapsretten. Forskjellen kan dermed la seg forklare i lys av de svært forskjellige rettslige rammene for presisjonskravet: I Jokela var det tale om regulering av et unntak fra fellesskapsretten; i saker om restriksjoner på fri bevegelse er det nettopp tale om uvisshet som gjør retten til fri bevegelse uvis». ¹⁶⁰

Det er også et poeng at dommen synes ikke å ha fått den helt store oppmerksomhet, og den er av eldre dato. I tillegg er det verdt å nevne at i *Festersen* gjaldt det nettopp et vilkår om «særlige grunde», hvor det var adgang for den danske landbruksministeren til å dispensere fra boplikten for landbrukseiendommer.¹⁶¹ Et slikt vilkår ble av Domstolen funnet å være i

¹⁶⁰ Heistad op. cit. s. 95.

¹⁶¹ Sak C-370/05 Straffesag mod Uwe Kay Festersen.

strid med rettssikkerhetsprinsippet.¹⁶² Det kan derfor diskuteres om *Jokela*¹⁶³ fortsatt står seg.¹⁶⁴

Men flere andre forfattere antar at dommen fortsatt har relevans.¹⁶⁵ I tillegg, som jeg viser nedenfor, er det slik at Domstolen i flere tilfeller har akseptert at nasjonal rett inneholder vide skjønns hjemler, som skal oppfylles av alle konsesjonssøkere. Det kan nok derfor legges til grunn at den fortsatt har en betydning i EU-retten. EØS-relevansen av denne avgjørelsen kan også diskuteres, i og med at dette angår en forordning og et direktiv som ikke er en del av EØS-avtalen. Domstolens uttalelse synes imidlertid å være generell, uten noen henvisning til direktivet og forordningen, og uttalelsen kommer også i forbindelse med et spørsmål om betydningen av rettssikkerhetsprinsippet.

Når dommen går nærmere etter i sømmene, er det første som kan trekkes ut at Domstolen anerkjenner at nasjonale myndigheter gis en vid skjønnskompetanse. Men denne retten er ikke ubegrenset – det må foreligge særlige problemer som nettopp ikke kan løses med mer rigide bestemmelser. Bekkedal skriver om dommen at situasjonell uforutsigbarhet kan gjøre en vid unntaksbestemmelse berettiget etter rettssikkerhetsprinsippet, samtidig som forvaltningen under slike bestemmelser må foreta fullstendige og objektive analyser.¹⁶⁶ Fenger skriver på sin side at den praktiske betydningen av dommen vil være begrenset for dansk rett, som ligner mye på norsk rett på dette området. Men uttalelsen hans sikter nok til selve eksistensen av vide unntakshjemler, og ikke anvendelsen av dem.¹⁶⁷ Samtidig kritiserer han

¹⁶² Sak C-370/05 Festersen (premiss 42 og 43).

¹⁶³ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

¹⁶⁴ Et annet poeng er at dommen i de forente saker C-203/08 og C-258/08 (som er omtalt under punkt 2.9) krever en passende offentliggjøring av kriteriene som ligger til grunn for myndighetenes skjønnsbeføyelser. Men poenget med avgjørelsen som drøftes her er nettopp at usikkerheten som ligger til grunn gjør det umulig å presisere regelen noe nærmere.

¹⁶⁵ Bekkedal op. cit., Fenger (2004).

¹⁶⁶ Bekkedal op. cit. s. 352-253.

¹⁶⁷ Fenger op. cit. s. 450.

den tilsynelatende motstriden det er mellom aksepten av det skjønnsmessige vilkåret i *Jokela*, samtidig som det i konsesjonssaker ikke aksepteres en vid skjønnsmargin for nasjonale forvaltningsmyndigheter. Det som er poenget hans, er at vilkåret som var tvilstemaet i *Jokela* var vesentlig videre enn i andre dommer som gjelder reglene om fri bevegelighet. Han påpeker at det neppe er noen grunn til å stille større krav til lovgivningspresisjonen når det gjelder saker om fri bevegelighet av tjenester og kapital.¹⁶⁸ Samtidig påpeker Fenger at en vidt utformet skjønnregel ble akseptert i *Kommisjonen mot Belgia*.¹⁶⁹ Tilsvarende ble det akseptert en vid skjønnshjemmel for litauiske myndigheter i *Garkalns* og også i *Ottica New Line*.¹⁷⁰ Dommen i *Garkalns* er av særlig interesse her. I den saken var det også et spørsmål om en vid skjønnshjemmel stod seg mot EU-retten. I den forbindelse uttalte Domstolen:

*«En vid skønsmargin som den i hovedsagen omhandlede kan være begrundet, hvis den nationale lovgivning i sig selv reelt har til formål at redusere spillemulighetene og begrense aktivitetene på dette område på en sammenhengende og systematisk måte eller at sikre de lokale indbyggers ro og orden eller generelt den offentlige orden ved, med dette formål, at tilkende lokale myndigheder et vist spillerum i forbindelse med anvendelsen af ordningen vedrørende afholdelse af hasardspil».*¹⁷¹

¹⁶⁸ Fenger op. cit. s. 451-452.

¹⁶⁹ Fenger op. cit. s. 453 i relasjon til sak C-503/99 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien.

¹⁷⁰ Sak C-470/11 *Garkalns* og sak C-539/11 *Ottica New Line di Accardi Vincenzo mod Comune di Campobello di Mazara*.

¹⁷¹ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 46).

Det fremgår med andre ord av dommen at en vid skjønnsmargin for de nasjonale myndighetene aksepteres der hvor det er nødvendig for å forfølge målet på en sammenhengende og systematisk måte.¹⁷²

Etter min mening viser de aktuelle dommene at det tillates at forvaltningsmyndigheter gis en viss grad av skjønnsfrihet, særlig i de tilfellene hvor en rigid regel ikke ville være mulig på grunn av en situasjonell usikkerhet. I tillegg kan det legges til grunn at det på områder hvor statene har en ikke ubetydelig frihet til å fastsette det ønskede beskyttelsesnivået, vil det Domstolen uttaler kunne anses for å være en form for minimumskrav som vil gjelde andre konsesjonsordninger. Et motargument mot dette er at tjensteddirektivets regler hviler på en annen tankegang, som det heter i artikkel 10 nr. 5: *«Tillatelsen skal gis så snart det ved en hensiktsmessig undersøkelse er slått fast at vilkårene for tillatelse er oppfylt»*.¹⁷³ Men dette kan neppe tas til inntekt for å være gjeldende rett. Domstolen har også etter at tjensteddirektivet ble vedtatt, akseptert nasjonale konsesjonsordninger med et element av skjønn. Samtidig er det verdt å nevne at det i alle tilfeller aksepterer skjønnsmessige bestemmelser på vilkårssiden i tjensteddirektivet. Som det heter i forarbeidene til tjensteloven:

«Kravet til klarhet, objektivitet og åpenhet krever blant annet at kriteriene i tillatelsesordningen skal være bestemte og presise. Det kreves imidlertid ikke at kriteriene presiseres på detaljnivå. Det kreves heller ikke at skjønnspregede vilkår utelates, jf. forutsetningsvis direktivets artikkel 10 nr. 1. Kriteriene skal imidlertid

¹⁷² Kravet om at en ordning må anvendes på en sammenhengende og systematisk måte behandles nærmere under punkt 4.5.

¹⁷³ Tilsvarende betraktninger hviler sak C-183/84 Söhnlein Rheingold mod Hauptzollamt Wiesbaden på, som rett nok gjaldt en forordning. Men den dommen synes ikke å ha blitt gjentatt i senere dommer. For en omtale av dommen, se Graver (2002) s. 76-77.

*være tilstrekkelig forståelige og forutsigbare for borgerne til at ansvarlig myndighet er forhindret fra en vilkårlig saksbehandling».*¹⁷⁴

Etter denne gjennomgangen kan det nok derfor legges til grunn at det aksepteres vide skjønnsmuligheter for nasjonale myndigheter. Dette leder over til hva disse dommene krever av nasjonale forvaltningsmyndigheter når den anvender disse konsesjonsordningene. Det må her skilles mellom to tilfeller. For det første må det undersøkes hva EU-retten krever av hvilke kriterier som legges til grunn under skjønnsmessige bestemmelser. For det andre må det undersøkes hvordan nasjonale myndigheter anvender disse skjønnsmessige bestemmelsene.

4.3 Kriterier under skjønnsmessige bestemmelser og skifte av praksis

Jokela reiser som nevnt spørsmål om hva som kreves av nasjonale forvaltningsmyndigheter når det gjelder vidt utformede skjønnshjemler.¹⁷⁵ Dommen hviler på en forutsetning om at den rettslige situasjonen etter hvert vil bli klarere, i og med at det antas at det etter hvert vil foreligge et tilstrekkelig antall saker som gjør det mulig å identifisere og forutse de aktuelle kriteriene. Borgerne skal dermed kunne forutberegne sin rettsstilling. Dermed kan det trekkes ut av dommen at det kreves en konsekvent anvendelse av den vide skjønnshjemmelen. I og med at forutberegnelighetskrav har stått såpass sentralt ved vurderingen av en rekke konsesjonsordninger, og det stilles krav om en konsekvent anvendelse av kompetansen, trekker dette nærmest i retning av at anvendelsen etter hvert må være såpass konsekvent at de krav som stilles like gjerne kunne stått i lovgivningen.

I denne relasjonen skriver Bekkedal at nasjonale domstoler – i eventuelle saker om unntaksregelen – etter denne avgjørelsen må sammenligne tidligere forvaltningsavgjørelser med den aktuelle avgjørelsen, for å kontrollere at det ikke foreligger ulikheter. Han sier at

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 78.

¹⁷⁵ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

dette er noe mer enn en ren kontroll om et vedtak er saklig begrunnet.¹⁷⁶ Tilsvarende synes også Alterskjær å forutsette at de saklighetskrav som følger av EU-retten er en del strengere enn det som følger av norsk forvaltningsrett, og at saklighetskravet krever at forvaltningen objektivt har holdt seg innenfor lovens formål og ikke bare innebærer en subjektiv kontroll av om det er tatt utenforliggende hensyn.¹⁷⁷ Dette kommer imidlertid ikke i relasjon til *Jokela*,¹⁷⁸ men baseres på likhetsprinsipper, prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og proporsjonalitetsprinsippet. Med andre ord hevder flere forfattere at de saklighetskrav som følger av EU-retten er noe strengere enn hva som følger av norsk rett. Dette vil da ha den følge at anvendelsesområdet for den vide bestemmelsen snevres inn.

Videre kan det også – naturligvis – legges til grunn at det følger av dommen at like tilfeller må behandles likt. Det følger av premisset om at det kreves en konsistens i de kriterier som legges til grunn under skjønnsmessige bestemmelser. Som nevnt tidligere stilles det et krav i *Analir* om at en konsesjonsordning må være organisert slik at det ikke fattes vilkårlige vedtak.¹⁷⁹ Det blir dermed et spørsmål om vilkårlighet slik det er nevnt i *Analir* er det samme som den konsistensen som synes å kreves av *Jokela*. Gode grunner taler for at det som følger av *Jokela* er noe mer enn at vedtakene bare ikke skal være vilkårlige.¹⁸⁰

Her er det også verdt å se hen til det forskjellsbehandlingsbegrepet som Domstolen har utviklet. I *AEM* er dette definert som:

*«at forhold, der er sammenlignelige, behandles forskjelligt, dels at forskjellige situationer behandles på samme måte».*¹⁸¹

¹⁷⁶ Bekkedal op. cit. s. 352.

¹⁷⁷ Alterskjær (2006).

¹⁷⁸ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

¹⁷⁹ Sak C-205/99 *Analir*.

¹⁸⁰ Slik også Bekkedal op. cit. som nevnt synes å forutsette.

¹⁸¹ Forente saker C-128/03 og C-129/03 *AEM* (premiss 58).

Det kan nok legges til grunn at det etter *Jokela* i alle tilfelle vil kreves noe lignende når forvaltningen vurderer nye søknader opp mot eldre under det aktuelle vilkåret om «særlige grunde».

Det Domstolen uttaler om at den gradvise anvendelsen av vilkåret, er ikke gjentatt i senere dommer fra Domstolen, og den synes heller ikke å være nevnt i sentrale verk om EU-retten. Det blir dermed usikkert hvor mye som kan legges i denne dommen. Isolert sett er uttalelsen om rettssikkerhetsprinsippet ganske vidtrekkende, og vil legge betydelige skranker for den kommunale myndigheten dersom den ønsker å skifte anvendelsen av kriteriet om «særlige grunde». Dersom det legges til grunn at *Jokela* fortsatt har relevans, kan det konkluderes med at vilkåret om «særlige grunde», må praktiseres konsekvent.¹⁸² Tilsvarende vil da gjelde for andre, vidt utformede skjønnsjemler.

Det neste spørsmålet blir da hvilke situasjoner som kan legitimere at de kriterier som ligger til grunn i den skønnsmessige utformede bestemmelsen, endres. Det kan være flere grunner til at dette skjer. En grunn kan være et regjeringsskifte, en annen at det bare ønskes et generelt skifte, eller en grunn kan være at det kommer nye fakta som medfører at konsesjonsordningens virkning på samfunnet endres, og at det dermed leder til et behov for å endre en praksis. Bekkedal hevder i tilknytning til dette at myndighetene ikke kan slå inn på en annen linje enn den tidligere har valgt – dette må eventuelt skje i lov eller forskrift. Dette til tross for at selv om linjen i og for seg er forsvarlig.¹⁸³ Fenger skriver også at det følger av EU-retten at dersom forvaltningen først slått inn på en linje, må forvaltningen følge den.¹⁸⁴ Uttalelsen kommer i relasjon til de tidligere fastsatte vilkår, og ikke et skifte i anvendelsen av konsesjonsordningen.

¹⁸² Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

¹⁸³ Bekkedal op. cit. s. 352-353.

¹⁸⁴ Fenger op. cit. s. 620.

Det som nok er poenget med *Jokela*, er at forvaltningen må holde fast på de *kriterier* som den har valgt under den vidt utformet skjønnsmessige bestemmelsen, ikke selve praktiseringen av den. Med de kriterier som er valgt, må det da være snakk om rettsanvendelses-skjønnnet. Dersom disse kriteriene skulle endres, må dette gjøres gjennom lov eller forskrift.

Det neste spørsmålet blir da om forvaltningen kan endre sin praksis innenfor en vidt utformet skjønnsmessig bestemmelse. Dette omhandler med andre ord selve den skjønnsmessige adgangen til å endre en lovlig praksis til en annen lovlig praksis. Det kan diskuteres i hvilken grad det har noe for seg å skille mellom disse tilfellene og de tilfellene nevnt over. Dersom det er et ønske om å legge om anvendelsen av en konsesjonsordning, må i så fall de kriteriene som legges til grunn endres. Men det kan tenkes flere grunner til at det innenfor en og samme lov er flere valgmuligheter. Spørsmålet er i hvilken utstrekning EU-retten åpner for dette. Fenger skriver på sin side i relasjon til prinsippet om beskyttelse av berettigede forventning at det tilsynelatende ikke er noe i EU-retten som tilsier at nasjonale forvaltningsmyndigheter ikke kan endre en lovlig praksis innenfor en skjønnsmessig bestemmelse.¹⁸⁵ Her er imidlertid *VEMW* interessant.¹⁸⁶ Domstolen kommer i denne saken med en relativt generell uttalelse om rettssikkerhetsprinsippet:

«Som Domstolen allerede har fastslået, kan man ikke nære en berettiget forventning om, at der slet ikke vil blive foretaget lovændringer, men alene anfægte de nærmere bestemmelser for gennemførelsen af en sådan ændring (jf. for så vidt angår en lovændring, der ophævede retten til at foretage momsfradrag for visse udgifter i forbindelse med udlejning af ejendomme, dom af 29.4.2004, forenede sager C-487/01 og C-7/02, Gemeente Leusden og Holin Groep, Sml. I, s. 5368, præmis 81). Heller ikke retssikkerhedsprincippet indebærer et krav om, at der ikke foretages lovændringer, men kræver snarere, at lovgiver tager hensyn til særlige situati-

¹⁸⁵ Fenger op. cit. s. 596.

¹⁸⁶ Sak C-17/03 Vereniging voor Energie, Milieu en Water m.fl. mod Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie.

*oner for virksomhederne, og i givet fald tilpasser anvendelsen af de nye retsregler herefter».*¹⁸⁷

I forbindelse med det siste sitatet uttaler Bekkedal at det tilsvarende må gjelde for forvaltningens virksomhet.¹⁸⁸ Med dette må det menes at forvaltningen må ta hensyn til de særlige situasjonene, og tilpasse anvendelsen deretter. Konsesjonssøkere er dermed ikke beskyttet mot en generell endring i anvendelsen av reglene.¹⁸⁹ Men dette forutsetter på mange måter at det har oppstått en ny situasjon. Spørsmålet blir da nærmere om hva som ligger i en slik situasjon, som det heter i dommen må det tas hensyn til «særlige situationer». Etter min mening tar ikke de forfatterne som har skrevet om problemstillingen, hensyn til hva som ligger bak ønsket om å skifte og i hvilken retning skiftet går. Det blir her interessant å se på uttalelsene som Domstolen kom med i *Duff*. Om prinsippet om berettigede forventninger og rettssikkerhetsprinsippet uttalte Domstolen i den dommen:

«Det pågældende princip, som udgør en del af Fællesskabets retsorden (jf dom af 21. 9. 1983, forenede sager 205 / 82-215 / 82, Deutsche Milchkontor m. fl., Sml. s. 2633, præmis 30), er en naturlig følge af retssikkerhedsprincippet, som kræver, at retsreglerne skal være klare og præcise, og det skal sikre forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under fællesskabsretten. I henhold til fast retspraksis kan erhvervsdrivende på et område med en fælles markedsordning, hvis formål medfører en vedvarende tilpasning til ændringer i den økonomiske situation, ikke have nogen berettiget forventning om, at de ikke underkastes indskrænkninger, der følger af eventuelle markedspolitiske eller strukturpolitiske bestemmelser (jf. f. eks. dom af 10. 1. 1992, sag C-177 / 90, Kühn, Sml. I, s. 35. præmis 13). I henhold til denne dom, præmis 14, kan princippet om beskyttel-

¹⁸⁷ Sak C-17/03 VEMW (premiss 81).

¹⁸⁸ Bekkedal op. cit. s. 351.

¹⁸⁹ I samme retning Schwarze (2006) s. 1079-80, men han synes å fremheve at adgangen til å endre praksis er noe videre enn hva som nevnt her, men i relasjon til EU-organenes opptreden.

*se af den berettigede forventning kun påberåbes over for fællesskabsbestemmelser, såfremt Fællesskabet selv tidligere har skabt en situation, som giver grundlag for en berettiget forventning».*¹⁹⁰

Dette gjaldt riktignok felleskapsbestemmelser, men det er neppe noen grunn til at tilsvarende ikke vil gjelde for nasjonal lovgivning. Aktørene i markedet er dermed ikke beskyttet mot lovendringer i seg selv – det er ganske åpenbart.¹⁹¹ Men dersom endringen i konsesjonsordningen skjer gjennom et skifte i praksis, og ikke gjennom lovgivning, vil det i enkelte tilfelle være problematisk i lys av EU-retten. Poenget her var nettopp at lovgivningen kunne forandres. Dersom forvaltningen først har lagt seg på en linje, og det er tale om en svært skjønnsmessig formulert bestemmelse, taler nok de beste grunner for at det er skapt en slik berettiget forventning, og at forvaltningen da ikke uten videre kan slå inn på en ny linje. Selv om det ikke er mulig å si noe konkret om hvor lenge en slik praksis må ha pågått for å ha skapt en slik forventning, og hvor fast den har vært, må den nok ha pågått over en viss tid. Som Fenger skriver, har Domstolen flere ganger slått fast at praksisendringer først kan skje etter en forutgående orientering til de berørte rettssubjekter.¹⁹² Det sier seg selv at i mange tilfeller vil dette være helt umulig, det er ikke mulig å forutse alle potensielle konsesjonssøkere.

Samlet sett ser vi at det i visse tilfelle er legitimt med et skifte i kriteriene, men at det må foreligge en særlig grunn for det. Et regjeringsskifte vil vel neppe være en slik grunn. Dette vil være i strid med de forutberegnelighetskrav som stilles. For å ta et eksempel fra norsk rett, dersom en type forurensning er mer skadelig for miljøet enn myndighetene tidligere

¹⁹⁰ Sak C-63/93 Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan mod Minister for Agriculture and Food og Attorney General (premiss 20).

¹⁹¹ Tilsvarende er det i norsk rett, se nærmere Eckhoff op. cit. s. 467, som nettopp sier at konsesjonshavere ikke er beskyttet mot ny lovgivning. Tilsvarende vil da i alle tilfelle gjelde for konsesjonssøkere.

¹⁹² Fenger op. cit. s. 597.

antok, må myndighetene ha adgang til i fremtiden å nekte tillatelse til denne type utslipp, eventuelt redusere den. Dette må også kunne gjøres selv om andre forurensere tidligere har fått tillatelse til større utslipp. Dette vil nettopp være å ta hensyn til de særlige situasjonene som har oppstått, slik som nevnt i dommen i sak *VEMW*.¹⁹³ Motsatt, dersom en mer miljøvennlig regjering ønsker å stramme inn på forurensning, er det ikke gitt at dette kan gjøres bare gjennom et skifte av ordningen i forurensningsloven, og hvert fall ikke i de tilfeller hvor det er skapt en berettiget forventning fra forurensernes side om at de vil få en slik tillatelse. Noe slikt vil da måtte gjøres gjennom en lovendring.

Tilsvarende betraktninger som nevnt ovenfor finnes også i en utredning til Olje- og energidepartementet.¹⁹⁴ I den utredningen drøftes innførelsen av nye og strengere krav for tillatelser til oppføring av nye elproduksjonsanlegg i relasjon til ikke-diskrimineringsprinsippet. En del av drøftelsen bygger nettopp på den ovennevnte dommen i *VEMW*.¹⁹⁵ Forfatterne peker på at enkelte har tatt til orde for at nye krav bare kan innføres dersom det kan hjemles i allmenne hensyn og proporsjonalitetsprinsippet. Drøftelsen gjelder riktignok innføring av ny lovgivning, men de samme hensyn vil gjøre seg gjeldende. Forfatterne peker på at ikke-diskrimineringsprinsippet trolig ikke kan strekkes så langt at det ikke kan innføres, nyere og strengere kriterier. De peker på flere momenter. For det første peker de på at det i det hele tatt kan diskuteres om det er mulig å sammenlikne tillatelser gitt på tidligere tidspunkter med nyere tillatelser. For det andre, dersom man skal sammenlikne med nylig gitte tillatelser, vil det allikevel være rom for et skifte i takt med samfunnsutviklingen.¹⁹⁶ Disse tankene vil i enda større grad gjøre seg gjeldende når det er tale om et skifte fra forvaltningens side, og ikke en lovendring, og harmoniserer således med analysen foran.

¹⁹³ Sak C-17/03 *VEMW*.

¹⁹⁴ EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven. Utredning til Olje- og energidepartementet 9. juli 2007. Henrik Bjørnebye, Finn Arnesen, Ivar Alvik og Ola Mestad.

¹⁹⁵ Sak C-17/03 *VEMW*.

¹⁹⁶ Bjørnebye, Arnesen, Alvik og Mestad (2007), s. 55-57.

For å oppsummere de dommene vi har sett på, kan det trekkes ut enkelte regler. De dommene som er analysert krever en konsekvent anvendelse av de kriterier som ligger til grunn for en konsesjonsordning hvor det er involvert skjønn. Dette følger allerede av *Jokela*.¹⁹⁷ Samtidig er det slik at det er en adgang til å endre praksisen, dersom det er særlige hensyn som gjør seg gjeldende. Tilbake står da spørsmålet om hvilke tilfeller som kan utgjøre en slik særlig situasjon som kan legitimere et skifte i anvendelsen. Det er vanskelig å si noe generelt om dette. Men i alle tilfelle er det nok slik at rene politiske vurderinger neppe kan legitimere et skifte hvor en konsesjonsordning innstrammes. Det må trolig være en eller annen form for en endret samfunnssituasjon – et generelt ønske om å skifte anvendelse vil ikke være tilstrekkelig, det må eventuelt gjøres gjennom lovgivningen.

Dette harmonerer også godt med de uttalelser som Domstolen kom med i *Duff*.¹⁹⁸ Vi har sett at EU-retten åpner for et visst skifte av anvendelsen av de kriteriene som ligger i hjemmelsbestemmelsen. Samtidig er det nok slik at dette i en viss grad vil bero på hvilket samfunnsområde reglene skal regulere. Er det et område hvor statene tradisjonelt sett har skjønnsmessig kompetanse til å fastsette det ønskede beskyttelsesnivået, taler det meste for at det vil være en større mulighet for å slå om på en annen linje. Dette kan illustreres med eksemplene nedenfor. I dommer som omhandler medisinske tjenester, foretas det en ganske inngripende prøving av konsesjonen. Det samme er tilfellet i *Ospelt*.¹⁹⁹ Derimot fremgår det at prøvingen ikke er like intensiv i saker som for eksempel omhandler pengespill.

4.4 Skifte av retning

Det neste spørsmålet blir dermed om det har noen betydning hvilken retning skiftet går i, med andre ord om det har noen betydning at myndighetene enten liberaliserer ordningen ved å utdele flere konsesjoner, eller strammer inn ved å innvilge færre konsesjoner. Dersom

¹⁹⁷ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

¹⁹⁸ Sak C-63/93 *Duff*.

¹⁹⁹ Sak C-452/01 *Ospelt*.

vi først ser på tilfellet at myndighetene ønsker å liberalisere en konsesjonsordning, med andre ord å gi flere konsesjon, kan EU-reglene neppe være til hinder for dette. Dette vil gjelde uavhengig av hvorfor skiftet kommer.

Saken i *Sporting Exchange* er interessant her. Dommens faktum er omtalt nærmere under punkt 2.9. Et av spørsmålene for Domstolen var den prosedyren nederlandske myndigheter hadde tilknyttet forlengelsen av disse konsesjonene. I det sentrale premiss i denne sammenhengen uttaler Domstolen følgende:

*«Under alle omstendigheter vil de restriksjoner for den i artikel 49 EF omhandlede grundlæggende frihed, som konkret følger af udstedelses- og forlængelsesprocedurerne for en bevilling til fordel for en eneudbyder, så som de i hovedsagen omtvistede, kunne anses for begrundede, hvis den pågældende medlemsstat træffer beslutning om udstedelse eller forlængelse af bevillingen til en offentlig udbyder, hvis ledelse er underlagt direkte statslig kontrol, eller til en privat udbyder, hvis virksomhed er underlagt snæver kontrol fra de offentlige myndigheders side».*²⁰⁰

Domstolen gir her nederlandske myndigheter i realiteten to valg med tanke på hva de kan foreta seg innen rammen av konsesjonsordningen. Enten må ene innehaveren være underlagt streng kontroll fra myndighetens side, eller så må konsesjonen tildeles en aktør som opererer på det frie markedet. Dette er velkjente tanker fra Domstolen.²⁰¹ I dette tilfellet var konsesjonshaverne underlagt streng kontroll, mens Domstolen åpner opp for å tildele konsesjonen til en privat utbyder, med andre ord en liberalisering. Igjen må det påpekes at dommer som omhandler pengespill, neppe er de mest egnede for å trekke prinsipper ut av. Men i dette tilfellet kan det ikke være noen EU-rettslige hindre for å liberalisere en conse-

²⁰⁰ Forente saker C-203/08 *Sporting Exchange* og C-258/08 *Ladbrokes Betting* (premiss 59).

²⁰¹ Forente saker C-203/08 *Sporting Exchange* og C-258/08 *Ladbrokes Betting*. Se også de forente sakene C-186/11 *Stanleybet International Ltd m.fl.* og C-209/11 *Sportingbet plc* (mod *Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon og Ypourgos Politismou*), hvor de samme synspunktene uttales.

sjonsordning. I saken var det riktignok ikke snakk om å liberalisere en konsesjonsordning i form av å tildele flere tillatelser, men prinsippet er det samme. Uttalelsene i *Jokela* kan neppe være til hinder for noe slikt, og det vil nok være tilfelle uavhengig av som ligger bak ønsket om et skifte i anvendelse.²⁰²

Her er også dommen i *Ospelt* interessant. Dommen er nærmere omtalt ovenfor i punkt 3.4. I den dommen krevde Domstolen en annen tolkning av den nasjonale bestemmelse, som medførte en utvidet bruk av unntaksregelen knyttet til nektelse av erverv av jordbrukseierdommer.²⁰³ Dersom tolkningen ble lagt om, ville konsesjonsordningen gripe minst mulig inn i EU-retten. Med andre ord åpner ikke bare EU-retten for et skifte i anvendelsen av konsesjonsordningen, men den krever det, og det i retning av en liberalisering.

Det neste spørsmålet blir da om nasjonale myndigheter har adgang til å gå den motsatte vei, nemlig å stramme inn på en konsesjonsordning, uten å gjøre dette ved en lovendring. Her vil det ha betydning hva som ligger bak ønsket om å stramme inn. Dersom dette er begrunnet i fakta eller endrede samfunnsforhold, vil EU-retten neppe være til hinder for dette. Dette harmonerer også med uttalelsen som kom i sak *VEMW*, nemlig at borgerne ikke kan ha noen berettiget forventning om at praksisen ikke vil endres.²⁰⁴ Dette harmonerer riktig nok tilsynelatende ikke så godt med de uttalelser Domstolen kom med i *Jokela*, i og med at det dermed kan tenkes at de kriteriene som da tidligere er blitt anvendt, ikke lenger vil gjøre seg gjeldende.²⁰⁵ Men sett i lys av uttalelsen i sak *VEMW* må nok den uttalelsen modifiseres noe.²⁰⁶ Den avgjørelsen godtar et skifte i anvendelsen dersom en særlig situasjon gjør seg gjeldende.

²⁰² Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

²⁰³ Sak C-452/01 *Ospelt* (dommens svar).

²⁰⁴ Sak C-17/03 *VEMW*.

²⁰⁵ Sak C-9/97 *Jokela*.

²⁰⁶ Sak C-17/03 *VEMW*.

Derimot, dersom konsesjonsordningen strammes inn uten at en slik særlig situasjon foreligger, kan det stilles spørsmål om det vil stå seg ovenfor rettssikkerhetsprinsippet. Det mest aktuelle er da at dette skjer ved en instruks fra den utøvende myndigheten. Som nevnt vil det medføre at de tidligere anvendte kriteriene ikke vil være gjeldende lenger. Foretak eller personer som da tidligere hadde oppfylt de aktuelle kriteriene, vil da ikke lenger være i en posisjon til å oppnå den aktuelle konsesjonen. Som Bekkedal skriver, taler mye for at et slikt skifte må skje via lov eller forskrift.²⁰⁷ Fenger er tilsynelatende uenig.²⁰⁸ Men han vektlegger samtidig at Domstolen har slått fast at EU-retten krever at praksisendringer i visse tilfeller først kan skje etter en forutgående orientering til de berørte subjekter. Men det sier selv at dette i mange tilfeller vil være umulig, det er for eksempel ikke mulig informere alle potensielle konsesjonssøkere om en endring av praksis.

I de tilfellene hvor det er en ny konsesjonsordning, er det vanskelig å si noe generelt. Det som i alle tilfelle kreves er en konsistent anvendelse fra første stund, slik som *Jokela* krever.²⁰⁹ De hensyn som er nevnt over, vil gjøre seg gjeldende i alle de tilfellene som nevnt over hvor det er snakk om ny regjering eller ikke.

Dersom trådene knyttes sammen, kan det trekkes ut enkelte prinsipper av drøftelsen ovenfor. Det er slik at når forvaltningen har slått inn på en linje med konsesjonen, må denne følges. Å legge om anvendelsen kan ikke uten videre gjøres. Det er legitimt å legge om linjen i to tilfeller. For det første er dette legitimt der hvor situasjonen krever det, i tråd med *VEMW*.²¹⁰ For det andre kan det i utgangspunktet vanskelig være noe i veien for et skifte i anvendelsen der hvor en konsesjonsordning liberaliseres, uavhengig av hva som er bakgrunnen. Men som det fremgår av drøftelsen under punkt 4.6, kan ikke dette legges ube-

²⁰⁷ Bekkedal op. cit. s. 353.

²⁰⁸ Fenger op. cit. s. 596.

²⁰⁹ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

²¹⁰ Sak C-17/03 *VEMW* (premiss 81).

tinget til grunn. Derimot er det i strid med EU-retten å legge om praksisen når konsesjonsordningen ut fra rent politiske betraktninger strammes inn.

4.5 Restriktive konsesjonsordninger – ikke gå lenger enn nødvendig?

Som nevnt er det slik at en konsesjonsordning innebærer en inngripen i de fire friheter. Det er flere eksempler på at Domstolen griper konkret inn i en konsesjonsordning og krever et skifte i anvendelsen av disse. Spørsmålet er om det kan trekkes ut noen generelle prinsipper av disse dommene. Jo færre søkere som får en konsesjon, jo større vil inngrepet i de fire friheter være. Det vil derfor være nærliggende å anta at Domstolen krever at en konsesjonsordning fortolkes restriktivt, med andre ord at søknader ikke avslås i større grad enn nødvendig. Dette følger forså vidt allerede av prinsippet om at en konsesjonsordning ikke skal gå lenger enn nødvendig. Spørsmålet er nærmere hvordan dette er løst i praksis. Her er det de aktuelle dommene hvor Domstolen har grepet inn i de nasjonale konsesjonsordningene konkret som behandles.

Smits/Peerbooms som er nevnt ovenfor, inneholder også uttalelser om dette. Som nevnt tidligere, dersom forhåndsgodkjenning skulle gis, måtte behandlingen etter nederlandsk rett være nødvendig for pasienten. Det kan altså minne mye om vilkåret i norsk rett etter pasientrettighetslovens § 2-1a og 2-1b. I utgangspunktet var denne ordningen opprinnelsesnøytral. Men ifølge den foreleggende rett, ble vilkåret ofte tolket slik at en godkjenning kun ble gitt dersom det ikke rettidig kunne ytes adekvat helsehjelp i Nederland. Under vurderingen av den nederlandske nødvendighetsbetingelsen – tolket slik at avslag til behandling i utlandet kun kunne gis når en tilsvarende behandling eller behandling med samme virkning kunne ytes rettidig av et sykehus som sykekassen har inngått avtale med – uttalte Domstolen:

«Med forbehold af de præciseringer, der er indeholdt i denne doms præmis 90, skal det herved bemærkes, at betingelsen om behandlingens nødvendige karakter, som fastsat ved den i hovedsagerne omhandlede ordning, kan begrundes med henblik på traktatens artikel 59, for så vidt som den fortolkes således, at tilladelsen til

at undergå behandling i en anden medlemsstat kun kan afslås, når en tilsvarende behandling eller en behandling, som frembyder samme grad af virkning for patienten, kan ydes rettidigt af en institution, med hvilken den forsikredes sygekasse har indgået en overenskomst».²¹¹

Med andre ord griper Domstolen her inn i den nasjonale konsesjonsordningen, og stiller nærmere krav til når en konsesjonssøknad ikke kan avslås. Dommen passer dermed inn i antakelsen, i og med det kreves en utvidet bruk av konsesjonsordningen.

Tilsvarende uttalelser finnes i *Müller Faure og van Riet og Watts*, som er omtalt ovenfor.²¹² Disse dommene passer dermed med antagelsen over. I de sakene uttaler Domstolen seg eksplisitt om det eneste tilfellet hvor en konsesjon kan avslås.

Dommen i *Ospelt* vil også passe inn her.²¹³ Den gjaldt som nevnt det østerrikske konsesjonssystemet for erverv av landbruksdommer. I dommen krever nettopp Domstolen en utvidet bruk av unntaksregelen for å tilfredsstille etableringsreglene.

UPC har også en side til denne problemstillingen.²¹⁴ Saken gjaldt belgisk lovgivning som påla en rekke kabel-TV-operatører en såkalt «must carry»-forpliktelse. Dette innebærer at selskapene må distribuere visse tv-kanaler utpekt av myndighetene. Lovgivningen som lå bak dette, ga hjemmel til å pålegge kabeldistributører som allerede hadde tillatelse til å sende tv-programmer en forpliktelse til å sende:

«fjernsynsprogrammer udsendt af public service-radio- og tv-foretagender henhørende under henholdsvis det franske og det flamske fællesskab»

²¹¹ Sak C-157/99 Smits/Peerbopms (premiss 103).

²¹² Sak C-385/99 Müller Faure/van Riet og Sak C-372/04 Watts.

²¹³ Sak C-452/01 Ospelt.

²¹⁴ Sak C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium SA m.fl. mod den belgiske stat (UPC).

eller

«fjernsynsprogrammer udsendt af ethvert andet radio- og tv-foretagende henhørende under det franske eller det flamske fællesskab, som vedkommende minister måtte have udpeget».²¹⁵

En del av poenget i dommen er at en rekke tv-selskaper ble tildelt en «must carry»-status, og i den forbindelse påtok de seg en rekke forpliktelser for å få denne tillatelsen. I forlengelsen av denne statusen ble da kabeldistributørene pålagt å sende disse kanalene som hadde denne statusen. Spørsmålet i saken var om lovgivningen var i strid med artikkel 49 i EF-traktaten (nå TEUV artikkel 56). Dommen behandles nærmere nedenfor. Det interessante i denne sammenhengen er det Domstolen uttaler om hvem som skal få en slik status. Domstolen uttaler her:

«Dernæst skal tildelingen af »must carry«-status baseres på objektive kriterier, som kan sikre pluralismen, idet der i givet fald via public service-forpligtelser tildeles adgang til navnlig national og lokal information på det pågældende område. En sådan status skal således ikke automatisk tildeles alle de tv-kanaler, som udsendes af det samme private radio- og tv-foretagende, men bør udelukkende begrænses til de kanaler, hvis overordnede programindhold er egnet til at virkeliggøre et sådant mål. Desuden må antallet af kanaler, som er forbeholdt private radio- og tv-foretagender med denne status, ikke gå videre end nødvendigt for at virkeliggøre dette mål».²¹⁶

²¹⁵ Sak C-250/06 UPC (premiss 3).

²¹⁶ Sak C-250/06 UPC (premiss 47).

Igjen fremkommer det at Domstolen krever – når myndighetene har en restriktiv konsesjonsordning – at denne praktiseres strengt. Her var nettopp tildelingen av «must carry»-statusen som utgjorde en begrensning på de fire friheter.

Så langt ser det ut til at antagelsen passer. Men det er også rettspraksis som ikke trekker i denne retningen. De klareste tilfellene finner vi *Garkalns* og *Ottica New Line*.²¹⁷ I *Garkalns*, som behandles nærmere nedenfor, uttalte Domstolen at den nasjonale domstolen må undersøke:

*«om medlemsstaten udøver en streng kontrol over virksomhed forbundet med harsardspil».*²¹⁸

Tilsvarende skulle man etter antagelsen forventet i *Ottica New Line* (dommen behandles nærmere nedenfor) at Domstolen uttalte seg om at antallet tillatelser som ble delt ut under konsesjonsordningen ikke måtte være så få at restriksjonen på de fire friheter innebar en unødvendig begrensning.²¹⁹ Det gjorde den imidlertid som nevnt ikke. Dersom antakelsen skulle passet helt, ville det være grunn til å anta at det var kommet lignende uttalelser som i *UPC*.²²⁰ Hva som er årsaken til dette, er vanskelig å si. På den ene siden er det kjent at Domstolen av og til vakler i sine uttalelser. På den andre siden er det mulig at det kan tilskrives konsesjonsordningenes særegenhet og faktumet i sakene.

Her kan også dommen om det nederlandske konsesjonssystemet for pengespill nevnes.²²¹ Dommen er omtalt ovenfor under punkt 4.4. I den dommen uttalte Domstolen som nevnt at enten måtte nederlandske myndigheter tildele konsesjonen til et foretak underlagt streng

²¹⁷ Sak C-470/11 *Garkalns* og sak C-539/11 *Ottica New Line*.

²¹⁸ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 47).

²¹⁹ Sak C-539/11 *Ottica New Line*.

²²⁰ Sak C-250/06 *UPC*.

²²¹ Forente saker C-203/08 *Sporting Exchange* og C-258/08 *Ladbrokes Betting*.

kontroll av myndighetene, eller til et foretak ikke underlagt slik kontroll. Den passer dermed ikke helt godt med antakelsen.

Samlet sett ser vi at antagelsen stemmer nokså godt, og det er nok ikke overraskende. En del av proporsjonalitetsvurderingen er nettopp nødvendigheten av den aktuelle ordningen, nemlig at den ikke kan gå lenger enn det som trengs for å nå det aktuelle målet. Det interessante ved dette er at nasjonale myndigheter ved vurderingen av om en konsesjon skal innvilges eller ikke, hele tiden må se hen til EU-retten når vedtaket skal fattes, og vurdere om dette konkrete vedtaket må avslås eller innvilges sett i lys av EU-retten. Samtidig må dette balanseres mot kravet om at ordningen må forfølges på en sammenhengende og systematisk måte.

4.6 Sammenhengende og systematisk anvendelse av konsesjonsordninger

I enkelte ferskere dommer fra Domstolen er det også lagt til grunn en annen form for konsistenskrav, nemlig et krav om at en konsesjonsordning må forfølge et mål på en sammenhengende og systematisk måte. Det er først og fremst i saker om pengespill dette har vært diskutert, men det har også blitt nevnt innenfor andre sektorer. Det er omdiskutert i hvilken grad et slikt krav eksisterer i EU-retten.²²² Den nedenfor nevnte dommen i *Hartlauer* er et eksempel på at nasjonal lovgivning ikke ble akseptert, fordi den ikke var systematisk og sammenhengende.²²³ I første rekke vil nok et slikt krav rette seg mot lovgiveren. Men det har også i enda nyere tid blitt stilt et krav om at nasjonale myndigheter forvalter den kompetansen de er gitt, på en sammenhengende og systematisk måte. Dette var tilfelle i *Ottica New Line*.²²⁴ Den saken gjaldt det italienske systemet for etablering av optikerforretninger

²²² *EØS-rett* op. cit. s. 295-296. Mathisen (2010).

²²³ Sak C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH mod Wiener Landesregierung og Oberösterreichische Landesregierung*.

²²⁴ Sak C-539/11 *Ottica New Line*.

og dets forenelighet med TEUV artikkel 49 og 56. Etter italiensk rett var lokale myndigheter tillagt en vid skjønnsmargin når det gjaldt om det skulle gis tillatelse til å opprette optikerforretninger. Domstolen godtok i prinsippet den italienske ordningen. Men den stilte nærmere krav til anvendelsen av konsesjonsordningen. Som Domstolen uttaler, må den nasjonale domstolen undersøke om:

*«[d]e kompetente myndigheder gør brug af de beføjelser, som denne lov tillægger dem, på en hensigtsmæssig måde, der opfylder gennemsigtige og objektive kriterier, for på sammenhengende og systematisk vis at forfølge hensynet til beskyttelse af den offentlige sundhed på hele det omhandlede område».*²²⁵

Det første spørsmålet er hvilken kontekst dette settes inn i. Det er to muligheter. Den ene muligheten er at det bare gjelder den ene konsesjonsordningen, altså at det kreves en sammenhengende og systematisk anvendelse av ordningen bare for de mål den forfølger. Den andre er at konsesjonsordningen settes inn i et større bilde. I saken fremgår det at målet om beskyttelse av folkehelsen må forfølges på en sammenhengende og systematisk måte. Med andre ord må konsesjonsordningen settes inn i et større bilde. Begge alternativer kan dermed være aktuelle. Dette vil for nasjonale myndigheters vedkommende medføre at det ikke bare må tas hensyn til den konkrete konsesjonsordningen, men det må også ses hen til det legitime formålet som ordningen skal fremme – og også hvordan det legitime formålet blir forfulgt på andre måter.

Det sentrale ved sitatet er for det første at myndighetene må bruke kompetansen den er tillagt på en «hensiktsmessig måte». For det andre er dette konkretisert i at det legitime formålet må forfølges på en sammenhengende og systematisk måte. Spørsmålet er da hva som ligger i det at en konsesjonsordning må anvendes sammenhengende og systematisk. Synspunktet kan synes å komme i konflikt med at det eksisterer en viss adgang til å endre prak-

²²⁵ Sak C-539/11 Ottica New Line (premiss 57).

sis under en konsesjonsordning. Det kan neppe være noe i veien for å endre en konsesjonsordning innenfor rammene av dette, med andre ord at selv om en konsesjonsordning liberaliseres i en viss grad, er det fortsatt slik at ordningen forfølger målet på en sammenhengende og systematisk måte. Men dersom konsesjonsordningen i realiteten undergraves ved å tillate svært mange konsesjoner der hvor ordningen er snever, vil det ikke lenger foreligge noen systematisk og sammenhengende anvendelse.

Med andre ord må analysen ovenfor modifiseres noe, myndighetene kan ikke uten videre liberalisere en konsesjonsordning slik at den ikke er sammenhengende og systematisk. Dette støttes opp av Domstolens avgjørelse i sak C-186/11 og C-209/11 (*Opap*).²²⁶ I den saken ble det greske spillemonopolet underkjent fordi det ikke var sammenhengende og systematisk.²²⁷ En del av poenget i dommen der var at greske myndigheter hadde solgt seg ned i det statlige aksjeselskapet – med andre ord en liberalisering.²²⁸ Dommen viser derfor hvordan en liberalisering kan medføre at målet ikke lenger forfølges på en sammenhengende og systematisk måte.

Samtidig er det også mulig å se på et slikt krav som utslag av egnethet.²²⁹ Dersom en konsesjonsordning ikke forfølger et mål på en sammenhengende og systematisk måte, vil ikke ordningen være egnet til å nå det fastsatte målet.

Forholdet mellom nødvendighet og sammenhengende og systematisk anvendelse er også en problemstilling. Ofte vil det være slik at det å innvilge en enkelt søknad ikke vil være «nødvendig» i lys av EU-retten. For å ta et konkret eksempel, å tildele én enkelt konsesjon etter konsesjonsloven vil neppe være med på å tilsidesette det allmenne hensyn som loven

²²⁶ Forente saker Stanleybet International Ltd m.fl. (C-186/11) og Sportingbet plc (C-209/11) mod Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon and Ypourgos Politismou.

²²⁷ Forente saker C-186/11 og C-209/11 *Opap* (premiss 36).

²²⁸ Forente saker C-186/11 og C-209/11 *Opap* (premiss 12).

²²⁹ Mathisen (2010) s. 1037.

skal ivareta. Isolert sett vil det dermed neppe være «nødvendig» etter EU-retten, og dermed i prinsippet i strid med proporsjonalitetsprinsippet.²³⁰ Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i *Ottica New Line*.²³¹ Her hadde som nevnt italienske myndigheter en ganske vidtgående kompetanse til å tillate etablering av ytterligere optikerforretninger. I prinsippet vil ikke det å nekte etableringen av én ytterligere optikerforretning være strengt nødvendig etter EU-retten.²³² Men samtidig har Domstolen også stilt krav om at en konsesjonsordning må forfølge målene på en sammenhengende og systematisk måte. Dersom det ble innvilget tillatelse til ytterligere én optikerforretning, kan dette ses på som et utslag av at målene med konsesjonsordningene ikke lenger ble forfulgt på en sammenhengende og systematisk måte. Rent intuitivt kan det synes som om disse prinsippene ikke lar seg forene. Dersom det eksisterer en slik restriktiv ordning, vil det å tillate et tilstrekkelig antall konsesjoner for å tilfredsstille nødvendighetskravet, samtidig innebære at målet muligens ikke forfølges på en sammenhengende og systematisk måte.

For nasjonale myndigheters vedkommende kan dette også ses på som et utslag av et prinsipp om forbudet mot forskjellsbehandling. En forfølgelse av et mål med en konsesjonsordning som ikke er sammenhengende og systematisk, vil lett gi seg utslag av vilkårlighet i og med at de reelle målene bak ordningen ikke forfølges i tilstrekkelig grad.

²³⁰ Selv om dette ikke gjaldt en konsesjonsordning, kan dette illustreres med saken inntatt i Rt. 2009 s. 839 (Pedicel). Den saken gjaldt det norske alkoholreklameforbudet. Utgiveren av et fagmagasin for alkohol var ilagt en sanksjon av Markedsrådet, og det ble reist søksmål knyttet til dette. I den saken reises til en viss grad lignende spørsmål som er behandlet ovenfor. Det er klart at å nekte magasinet en reklame ikke vil være «nødvendig» i streng forstand, det vil ikke undergrave den norske alkoholpolitikken, og ei heller føre til noe øket alkoholkonsum, det ville i tilfelle være minimalt. På den andre siden, dersom myndighetene først tillot annonsering i et slikt magasin, kan det tenkes å undergrave den sammenhengende og systematiske forfølgelsen av det legitime formålet, i dette tilfellet helsemålsettinger. Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende under konsesjonsordninger.

²³¹ Sak C-539/11 *Ottica New Line*.

²³² Tvert i mot vil det innebære en mindre inngripen i de fire friheter.

Samlet sett er det vanskelig å se hvilken betydning det har at nasjonale myndigheter må anvende en konsesjonsordning på en sammenhengende og systematisk måte. Det er lite tvilsomt at dette er noe som nasjonale myndigheter må overholde i sin forvaltning av nasjonale konsesjonsordninger. Samtidig er det vist at kravet er vanskelig å balansere mot andre krav – og rekkevidden er uklar.

4.7 Anvendelse av konsesjonen for å fremme andre formål/ivareta andre hensyn

Det finnes også eksempler fra Domstolen med uttalelser om at en konsesjonsordning ikke kan brukes til å fremme andre formål enn de som følger av den restriktive konsesjonsordningen. Den tidligere nevnte *Garkalns* er sentral her. Det materielle spørsmålet i saken var om TEUV artikkel 49 var til hinder for den nasjonale lovgivningen som tildelte lokale myndigheter en vid skjønnsmargin når det gjaldt å avslå eller godkjenne en søknad om pengespillrelaterte virksomheter. Etter latvisk rett var pengespill forbudt å tilby på en rekke steder. Dersom en søknad om å tilby pengespill ikke omhandlet et slikt sted, skulle lokale myndigheter fatte avgjørelse fra sak til sak, og undersøke om å tillate gambling i det aktuelle lokalet ville innebære «*væsentlig skade for landets interesser og for indbyggerne i det pågældende administrative områdes interesser*».²³³ I dommen heter det at:

*«[m]ed henblik på at vurdere forholdsmæssigheden af den pågældende nationale lovgivning tilkommer det derfor bl.a. Retten at efterprøve, om medlemsstaten udøver en streng kontrol over virksomhed forbundet med hasardspil, om de lokale myndigheders afslag på at godkende åbningen af nye etableringer af denne type reelt forfølger det påståede mål om beskyttelse af forbrugerne, og om kriteriet om »væsentlig skade for landets interesser og for indbyggerne i det pågældende administrative områdes interesser« anvendes uden forskelsbehandling».*²³⁴

²³³ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 3-6).

²³⁴ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 46-47).

Denne dommen gjelder et samfunnsområde hvor nasjonalstatene tradisjonelt har en viss frihet til å fastsette det ønskede beskyttelsesnivået. Men dette vil da i alle tilfelle gjøre seg gjeldende i større grad hvor medlemsstatene ikke har den samme frihet til å fastsette beskyttelsesnivået. Det kan nok derfor trygt konstateres at denne uttalelsen kan legges til grunn for andre konsesjonsordninger. På områder hvor statene har mindre frihet til å fastsette beskyttelsesnivået, er det neppe noen grunn til at ordningen ikke må oppfylle de kravene som stilles, tvert i mot kan det tenkes enda strengere krav.

Det sentrale i dommen er at et avslag reelt må forfølge det aktuelle mål med konsesjonsordningen. Innledningsvis blir det da et spørsmål om det menes at konsesjonsordningen ikke kan brukes til å fremme andre illegitime hensyn, eller om det menes andre, legitime hensyn. Det er klart at en konsesjonsordning ikke kan anvendes for å fremme illegitime hensyn etter EU-retten. Imidlertid er det akseptert at det tas hensyn til illegitime hensyn, dersom hovedhensynet er et legitimt.²³⁵ Det nærmere spørsmålet blir da om det er adgang for nasjonale myndigheter å fremme andre legitime mål eller ivareta andre legitime hensyn enn de som konsesjonsordninger skal fremme.

Dersom vi ser på den reelle bruken først, må det her være åpenbart at konsesjonsordningen ikke kan brukes til bare å fremme andre mål enn de som er fastsatt i konsesjonsordningen. Spørsmålet er nærmere hvor grensen går. I alle tilfelle kan det ikke være slik at ønsket om å nå et annet mål er mer fremtredende enn formålet med konsesjonsordningen. Men det må være anledning til å vektlegge andre hensyn eller mål som søkes nådd i de aktuelle konsesjonsordningene, så sant disse er legitime mål. Trolig må det også aksepteres heldige sidevirkninger av et vedtak, og at det tas andre, tilgrensende hensyn. Dersom dette ikke ble gjort, ville EU-retten strekkes dit hen at forvaltningen vil være forpliktet til i alle tilfeller å godkjenne en søknad der hvor vilkåret i kompetansebestemmelsen for å innvilge søknaden

²³⁵ Se for eksempel EFTA-domstolens dom i sak E-1/06, EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway (Gevinstautomatmonopol), særlig premiss 36 med videre henvisning til Domstolens praksis.

er oppfylt. Domstolen har nettopp anerkjent at forvaltningen gis en viss skjønnskompetanse.²³⁶ I motsatt fall vil hele poenget med konsesjonsordningen falle bort, dersom konsesjonssøkerne kunne tilpasse seg slik at de fylte vilkårene. På den andre siden, dersom andre hensyn vektlegges, kan dette tenkes å være i strid med de forutberegnelighetshensyn som ofte vektlegges av Domstolen i konsesjonssaker. Gode grunner taler derfor at det legges til grunn en tilsvarende lære som den som er i fremme i sak E-1/06, altså at det ikke vil aksepteres at en konsesjon nektes på grunnlag av at andre, legitime hensyn har vært det avgjørende, og ikke hovedformålet til konsesjonsordningen.²³⁷ Ellers ville ikke målet med konsesjonsordningen forfølges på en reell måte, slik som var et krav i *Garkalns*.²³⁸

Samtidig har dette også en side til kravet om en ordning må forfølge et mål på en sammenhengende og systematisk måte. Dersom ordningen brukes til annet enn det å reelt forfølge andre mål, vil det neppe være en sammenhengende og systematisk forfølgelse av det aktuelle formålet.

4.8 Konsekvent ikke-bruk

Det er også en problemstilling om konsekvent ikke-bruk vil være i strid med rettssikkerhetsprinsippet, all den tid bestemmelsen da får karakter av å være en absolutt regel. Dette kan særlig være aktuelt i de tilfellene hvor det er lagt inn en unntaksbestemmelse i lovgivningen nettopp for å tilfredsstille de EU-rettslige kravene. Dette støttes også av det Domstolen uttaler om å identifisere og systematisere, og dermed å forutse de anvendte kriterier. En konsekvent ikke-bruk av bestemmelsen vil naturligvis gjøre dette umulig. I norsk rett er det antatt at det ikke er i strid med tradisjonell forvaltningsrett konsekvent å avslå en søk-

²³⁶ Tjenestedirektivet (EP/Rdir 2006/123/EF) hviler på en annen betraktning, her heter det i artikkel 10, nr. 5 at en tillatelse skal gis så snart det er konstatert at vilkårene for å få tillatelse er oppfylt. Det er med andre ord ikke rom for noe hensiktsmessighetsskjønn når det vurderes om en tillatelse skal gis.

²³⁷ Sak E-1/06 Gevinstautomatmonopol.

²³⁸ Sak C-470/11 *Garkalns*.

nad om konsesjon.²³⁹ Dette vil selvsagt være i orden der hvor ingen oppfyller vilkårene, men en konsekvent ikke-bruk vil nok trolig være i strid med EU-retten, særlig der hvor adgangen til å innvilge eller avslå en søknad er svært skjønnsmessig.

En annen side ved en konsekvent ikke-bruk er å innvilge alle konsesjonssøknader. Dette var tilfelle med den gamle ervervsloven fra 1994 til 2001. Den påla meldeplikt (for nordmenn og utlendinger) ved erverv av næringsvirksomhet, og tillatelse kunne nektes. I alt 2147 erverv ble innmeldt, 13, tatt opp til nærmere vurdering, vilkår satt i 8, og ingen erverv ble nektet. ESA iverksatte gransking, og hevdet at til tross for at loven forfulgte et legitimt formål, kunne den ikke anses for å være egnet og nødvendig. Loven ble uavhengig av dette opphevet i 2002.²⁴⁰ Det interessante ved dette er at dersom alle konsesjonssøknader, eller en svært stor del konsesjonene blir innvilget, vil selve konsesjonssystemet da ikke lenger være egnet og nødvendig for å ivareta de hensynene som ordningen forfølger. Dette har også en side til det jeg har nevnt under punkt 4.4, om liberalisering av en konsesjonsordning. Dersom en ordning liberaliseres i en slik grad at alle eller nesten alle søknader innvilges, vil en slik ordning neppe være egnet og nødvendig.

Med andre ord kan det hevdes at ytterpunktene for konsesjonsordningene snevres inn, forvaltningen kan hverken innvilge eller avslå alle søknader.

4.9 Statlig vs. regional kompetanse

En annen problemstilling som reiser seg, er om det har noen betydning hvordan kompetansen er fordelt innad i en medlemsstat. Ofte er det slik i Norge at kommunale eller fylkeskommunale instanser har kompetanse til å fatte vedtak. Interessant er det også at det i *Joke-la* var slik at det var den kommunale myndigheten i Finland som hadde kompetansen til å fatte vedtak om det forelå slike særlige grunner som skulle tilsi at unntaksbestemmelsen

²³⁹ Eckhoff op. cit. s. 177-178.

²⁴⁰ NOU: 2012: 2 s. 377.

kom til anvendelse.²⁴¹ Spørsmålet blir da om det er adgang for de lokale myndighetene til å praktisere bestemmelsen forskjellig fra region til region. Dersom dette settes i sammenheng med *Hartlauer*, fremkommer det et interessant poeng. Saken gjaldt den østerrikske ordningen for godkjenning av opprettelsen av tannlegepoliklinikk i Østerrike. Et selskap basert i Tyskland søkte om tillatelse til å opprette slike privat behandlingsinstitusjoner i Wien og Wels, men søknadene ble avslått.²⁴² Spørsmålet for Domstolen var om de østerrikske reglene var i strid med EF-traktatens artikkel 43 sammenholdt med artikkel 48 (nå artikkel 49 og 54 i TEUV).

Domstolen fant i denne avgjørelsen at det forelå en restriksjon og at denne kunne begrunnes i allmenne hensyn.²⁴³ Men ordningen ble ikke ansett for å være egnet, da det ikke var påkrevet med forhåndsgodkjenning for tannlegekontorer organisert som fellespraksis.²⁴⁴ Ordningen forfulgte dermed ikke de legitime målene på en sammenhengende og systematisk måte.²⁴⁵ Det interessante ved dommen er det Domstolen uttaler hva angår de kriteriene som ble lagt til grunn når myndighetene vurderte om godkjenning til etablering skulle gis. Vurderingstemaet til de østerrikske delstatene var nemlig forskjellig. I Wien knyttet vurderingen seg til antallet pasienter pr. tannlege i grisgrendte strøk. I delstaten Oberösterreich var vurderingen knyttet opp mot ventetiden på konsultasjoner, og fastsettelsen av denne ventetiden var basert på svar mottatt fra tannleger i de aktuelle områdene.²⁴⁶ Dette mente Domstolen var kriterier som ikke i tilstrekkelig grad kunne legge en ramme for de nasjonale myndigheters skjønnsutøvelse, som Domstolen uttaler etter å ha pekt på at vurderingstemaene i praksis var forskjellige fra delstat til delstat:

²⁴¹ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

²⁴² Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 18-19).

²⁴³ Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 39 og 46).

²⁴⁴ Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 54).

²⁴⁵ Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 63).

²⁴⁶ Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 3-17).

*«Det skal under disse omstændigheder fastslås, at den i hovedsagerne omhandlede ordning med forudgående administrativ tilladelse ikke bygger på et kriterium, der i tilstrækkeligt omfang kan lægge en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse».*²⁴⁷

Her ble med andre ord selve lovgivningen funnet å være i strid med etableringsretten. Dommen er dermed som utgangspunkt ikke så interessant for oppgavens problemstilling. Det kan diskuteres om det siktes til det uklare vurderingstemaet, eller om det er i strid med EU-retten å ha forskjellige vurderingstemaer i de ulike delstatene. Det første er nok mest nærliggende, i og med at lovgivningen ble underkjent. Men det må ha hatt en betydning for Domstolen at vurderingstemaene var forskjellig fra delstat til delstat, ellers hadde neppe Domstolen påpekt forskjellene mellom delstatene før det gjengitte sitatet.

Sett i lys av *Jokela* blir avgjørelsen mer interessant.²⁴⁸ Som nevnt uttalte Domstolen der at dersom det eksisterer en skjønnsmessig unntaksregel, må den anvendes på en sammenhengende måte slik at det etter hvert ville etablere seg faste kriterier. I *Hartlauer* ble det ikke akseptert fra Domstolen at det var forskjellige kriterier som ble lagt til grunn i de forskjellige delstatene. I situasjoner hvor lokale eller regionale myndigheter fatter vedtak i konsesjonsordninger, taler mye for at disse myndighetene ikke kan anvende ordningen forskjellig. Dette vil særlig være aktuelt hvor bestemmelsen er særlig vid, og det ikke foreligger noen lovregler som sier noe nærmere hvordan bestemmelsen skal anvendes. På den andre siden må det være adgang til å legge vekt på lokale særhensyn, dersom de ikke gjør seg gjeldende i andre deler av medlemsstaten. Dersom denne adgangen brukes svært ofte i enkelte regioner, mens veldig sjelden i andre regioner, kan det tenkes slik praksis ikke vil stå seg mot rettssikkerhetsprinsippet og de krav til forutberegnelighet som EU-retten stiller til konsesjonsordninger. Dette støttes også av det som uttales i sak C-46/08, hvor Domstolen uttaler:

²⁴⁷ Sak C-169/07 *Hartlauer* (premiss 70).

²⁴⁸ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

«Hvad angår den omstændighed, at de forskellige omhandlede hasardspil henhører dels under delstaternes kompetence, dels under forbundsstatens kompetence, bemærkes, at som det fremgår af fast retspraksis, kan en medlemsstat ikke påberåbe sig bestemmelser, fremgangsmåder eller forhold i sin nationale retsorden til støtte for, at forpligtelser, som følger af EU-retten, ikke overholdes. En medlemsstats interne fordeling af kompetencen navnlig mellem centrale, regionale eller lokale myndigheder, fritager ikke den nævnte medlemsstat for at opfylde disse forpligtelser (jf. i denne retning navnlig dom af 13.9.2001, sag C-417/99, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6015, præmis 37)».²⁴⁹

Tilsvarende betraktninger legges også til grunn i *Ottica New Line*, hvor det kreves en anvendelse av konsesjonsordningen som sikrer at hensynene bak ordningen blir ivare tatt på hele det nasjonale området.²⁵⁰ Det som kan diskuteres etter dette, er at dersom det er en svært skjønnsmessig regel som praktiseres ulikt fra region til region, for eksempel at noen steder får enkelte innvilget svært mange konsesjoner, mens andre steder er det nær sagt umulig å få innvilget en slik konsesjon, kan det diskuteres om det vil tilfredsstille de krav som stilles av EU-lovgivningen. De sakene som er nevnt over gjaldt riktignok lovfestede regler, men det kan ikke være noen grunn til at prinsippet skal være noe annerledes når det gjelder vurderingstemaene lokale eller regionale myndigheter legger vekt på.

På den andre siden kan ikke kravene her anses for å være for strenge. Der hvor det er hensynet til lokal kjennskap som er årsaken til at kompetansen er lagt til lokale eller regionale myndigheter, må det aksepteres en hel del forskjeller. Subsidiaritetsprinsippet er også et grunnleggende prinsipp i EU-retten.²⁵¹ For å ta et norsk eksempel er det etter plan- og byg-

²⁴⁹ Sak C-46/08 *Carmen Media Group Ltd v Land Schleswig-Holstein* og Innenminister des Landes Schleswig-Holstein (premiss 69).

²⁵⁰ Sak C-539/11 *Ottica New Line* (premiss 35).

²⁵¹ *EØS-rett* op. cit. s. 68.

ningsloven kapittel 19 kommunen som er gitt myndighet til å dispensere fra loven eller bestemmelser gitt i medhold av loven. Det er velkjent at kompetansen nok praktiseres ganske ulikt fra kommune til kommune, og en slik praktisering er neppe i strid med EU-retten. Samtidig, der hvor selve vurderingstemaet er svært skjønnsmessig, kreves det en viss konsistens i hvilke kriterier som legges til grunn. Det er antatt at noe tilsvarende også gjelder for norsk rett, se nærmere Eckhoff/Smith side 424.²⁵²

Samlet sett er det uklart hvor langt kravene til en ensartet anvendelse innad i nasjonalstaten rekker. Der hvor kompetansen er lagt til lokale eller regionale myndigheter fordi det er disse myndighetene som har best forutsetning for å fatte vedtakene, må det aksepteres en forskjellig anvendelse av bestemmelsene. Motsatt vil gjelde i de tilfellene som i *Jokela*, hvor faktumet og saken like gjerne kunne oppstått i en annen del av nasjonalstaten, og lokale særhensyn ikke har noen betydning.²⁵³

4.10 Vilkår og omgjøring

En annen problemstilling gjelder nasjonale myndigheters adgang til å knytte tyngende vilkår til begunstigende vedtak og å omgjøre egne vedtak. Dette er en adgang som norske myndigheter tradisjonelt sett har hatt en vid diskresjonær kompetanse til å bestemme eller ikke. Å problematisere dette kan også bidra til å konkretisere drøftelsene ovenfor. Omgjøringsadgangen kan bestå enten ved at en slik kompetanse er forbeholdt i selve vedtaket, typisk ved et vilkår, eller ved bruk av en skjønnsmessig bestemmelse lik den i forvaltningsloven § 35. Spørsmålet er om de prinsipper som er trukket ut over, også vil gjøre seg gjeldende for disse to aktuelle tilfellene i norsk rett. Ingen av de aktuelle dommene omtaler vilkårsfastsettelse eller omgjøringsadgang i direkte ordelag, men lignende tilfeller har vært tema for Domstolen. Dette taler da for at EU-retten vil påvirke nasjonale myndigheters

²⁵² Eckhoff op. cit. s. 424.

²⁵³ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

adgang til å fastsette vilkår eller gjøre om vedtak. De prinsippene som dommene omtaler, vil gjøre seg gjeldende i like stor grad for disse problemstillingene.

For å ta det åpenbare først. Det kan ikke fastsettes vilkår som er i strid med forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, eksempelvis at det settes som vilkår om at en konsesjonsinnehaver må kjøpe norske varer eller tjenester. Tilsvarende kan det heller ikke settes vilkår som gjør at vedtaket vil være indirekte diskriminerende, eksempelvis at det settes et vilkår om bruk av en spesiell type vare eller tjeneste som i utgangspunktet er opprinnelsesnøytral, men som lettere kan oppfylles av norske produsenter eller tjenesteutøvere. Vilkårene må da i tilfelle hjemles i allmenne hensynene.

Som nevnt vektlegger Domstolen forutberegnelighet svært sterkt i konsesjonssaker. Dette kan illustreres med de forente sakene *Costa og Cifone*.²⁵⁴ Kort fortalt hadde det britiske selskapet Stanley, som formidler pengespill, blitt utelukket fra tildelingen av 1000 konsesjoner i Italia til å formidle veddemål på idrettsarrangementer. Det var på det rene at denne utelukkelsen var i strid med EU-retten. I 2006 skulle det deles ut nye konsesjoner, og det ble sendt ut invitasjoner til å delta i denne tildelingen. Dokumentene til disse invitasjonene inneholdt ulike vilkår. Det som er interessant i denne sammenhengen, er at ett av disse vilkårene var at italienske myndigheter var forpliktet til å trekke tillatelsen tilbake dersom straffeforfølgning ble innledet mot noen av konsesjonærenes representanter. Angående dette vilkåret uttalte Domstolen:

«Princippet om gennemsigtighed, som er afledt af ligebehandlingsprincippet, har i denne sammenhæng særligt til formål at sikre, at enhver interesseret erhvervsdrivende kan beslutte at afgive bud på grundlag af samtlige relevante oplysninger, og at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Det indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med

²⁵⁴ Forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone*.

tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt, dels således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, dels således at der opstilles rammer for den ordregivende myndigheds skønsmæssige beføjelse, og denne myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt. (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 111, og af 13.12.2007, sag C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium m.fl., Sml. I, s. 11135, præmis 45 og 46)».²⁵⁵

I denne dommen er det en henvisning til *UPC*, som hvor Domstolen godtok at en slik forpliktelse kunne pålegges tv-kanalene og at den var egnet og nødvendig. I forbindelse med proporsjonalitetsvurderingen uttalte Domstolen i den saken at:

«[t]ildelingen af »must carry«-status må derfor først og fremmest, som Kommissionen har gjort gældende, ske i medfør af en gennemsigtig procedure, som er baseret på kriterier, der kendes på forhånd af radio- og tv-foretagenderne, således at det undgås, at den skønsmæssige beføjelse, som medlemsstaterne råder over, udøves vilkårligt. Særligt må ethvert radio- og tv-foretagende være i stand til på forhånd at kunne bedømme arten og rækkevidden af de præcise betingelser, som skal opfyldes, samt de public service-forpligtelser, som de i givet fald er forpligtet til at påtage sig til gengæld for tildelingen af denne status. I denne henseende kan det ikke anses for tilstrækkeligt, at hensigtserklæringer samt generelle politiske mål blot nævnes i den nationale lovgivnings forarbejder».²⁵⁶

Det sentrale ved dette er at de som blir pålagt byrden, må presist kunne forstå hva de blir pålagt. Det må nevnes at denne saken ikke gjelder vilkår i tradisjonell forstand. Men gode

²⁵⁵ Forente saker C-72/10 og C-77/10 Costa og Cifone (premiss 73).

²⁵⁶ Sak C-250/06 *UPC* (premiss 46).

grunner taler likevel for at tilsvarende prinsipper vil gjelde for vilkårsfastsettelsen. Det å få innvilget en konsesjon, vil ofte være et gode for søkeren. Som nevnt er det på det rene at en konsesjonssøker på forhånd må kjenne hvilke vilkår han må oppfylle for å få innvilget konsesjonen. Et vilkår knyttet til denne tillatelsen vil i den sammenhengen innebære en tyngende forpliktelse for søkeren. Det må dermed følge av dette at søkeren må kunne forutberegne hvilke forpliktelser han påtar seg også i forbindelse med konsesjonen. Som Bekkedal skriver, er uttalelsen i *UPC* begrunnet i hensynet til «rule of law», og at det er verdt å merke seg at den synes å være forankret i hensynet til forutberegnelighet, ikke etterprøvbarehet.²⁵⁷

Tilsvarende må gjelde i de *Costa og Cifone*. Domstolen legger stor vekt på at en eventuell konsesjonssøker skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Dommen fra Italia stiller krav om at formulering må være klar, presis og utvetydig. For å gå dommene litt nærmere i sømmene, er det sentrale sitatet at:

*«foretagende [må] være i stand til på forhånd at kunne bedømme arten og rekkevidden af de præcise betingelser, som skal opfyldes».*²⁵⁸

Med andre ord stilles det både krav til hvilken type vilkår dette gjelder og hvor langt de rekker. Først og fremst stiller dette krav til lovgivningen. Men det vil også sette rammer for hva forvaltningen kan vedta innenfor rammene av denne lovgivningen. Konsesjonssøkeren må kunne forstå rekkevidden av de presise betingelser som skal oppfylles. Dette kan knyttes til tre sider ved skjønnsutøvelsen under konsesjonsordninger. For det første kan det knyttes til rettsvirkningene av konsesjonen. Det kan ses på slik at disse to dommene stiller krav til at den som får konsesjonen er i stand til å forstå rettsvirkningene av den. For det andre knyttes dette til de vilkår som stilles. Dersom en medlemsstat har nasjonal lovgivning hvor det er adgang til å stille vilkår ved begunstigende vedtak, må denne lovgivningen in-

²⁵⁷ Bekkedal op. cit. s. 349.

²⁵⁸ Forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone* (premiss 73).

neholde de aktuelle vilkårene. For det tredje knytter dette seg til adgangen til å endre eller gjøre om vedtak. Dette behandles nærmere nedenfor.

I denne sammenhengen er det interessant å se på de norske forarbeidene til tjenesteloven. Justis- og politidepartementet synes å være bevist de krav som etter hvert har blitt stilt i rettspraksis når det gjelder konsesjonsordninger. Som Justisdepartementet skriver i en høringsuttalelse gjengitt i forarbeidene til tjenesteloven:

*«En rekke av direktivbestemmelsene (blant annet artikkel 14, 16 nr. 2 og artikkel 19) legger begrensninger på hvilke vilkår som kan stilles blant annet i forbindelse med tillatelsesordninger. Utgangspunktet må være at begrensninger i hvordan lovgiver kan utøve sin kompetanse overfor private, vil være tilstrekkelig gjennomført ved fravær av slik lovgivning. Utvikling i rettspraksis har gått i retning av at dette utgangspunktet ikke ligger like klart. Det innebærer at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig at det ikke eksisterer direktivstridige bestemmelser i gjeldende lovverk. Dette gjelder særlig når forbudet mot nasjonalt regelverk av et bestemt innhold skal speile en rettighet for private til ikke å bli utsatt for krav av den art».*²⁵⁹

Det fremgår av uttalelsen at tjenestedirektivet faktisk vil innskrenke adgangen til å stille vilkår sammenlignet med norsk rett. Videre på samme side uttaler departementet:

«Det kan i tillegg tenkes at en lovfesting vil være nødvendig for å innskrenke kompetanse i henhold til generelle forskrifts- eller enkeltvedtakshjemler samt den generelle forvaltningsrettslige vilkårlæren, i den grad kompetansegrunnlagene åpner for å stille krav i strid med direktivet. Som sitatet over viser, er det et grunnleggende krav til gjennomføringen av direktivbestemmelser som direkte eller indirekte tilstår private rettigheter, at deres informasjonsbehov skal dekkes. Selv om

²⁵⁹ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 25.

kompetansen etter en vid hjemmelsbestemmelse benyttes i tråd med direktivet, trenger ikke dette være tilstrekkelig. I tillegg skal gjennomføringen ivareta privates rettssikkerhet. Det skal være mulig å få rettigheter etter direktivet håndhevet ved nasjonale domstoler. At direktivet etterleves under utøving av fritt skjønn, vil ikke tilfredsstille kravet til rettssikkerhet ettersom domstolen bare i begrenset utstrekning kan overprøve det frie skjønn. Skrankene som ligger i tjenstedirektivet, bygger i stor utstrekning på rettspraksis, og mange av rettighetene vil kunne utledes direkte av de grunnleggende frihetene i EØS-avtalen. Det er derfor ikke sikkert at hensynet til rettssikkerhet har like stor tyngde for gjennomføringen av tjenstedirektivet som ellers. På den andre siden vil kravene til gjennomføring være skjerpet på områder som gjelder grunnleggende friheter på det indre markedet».²⁶⁰

Justisdepartementet gjentok det samme i tilknytning til kommentarene til gjennomføringen av artikkel 16.²⁶¹ Nærings- og handelsdepartementet skriver i sin vurdering at rettssikkerhetsprinsippet neppe vil bli tilfredsstilt dersom artikkel 16 ikke gjennomføres som en egen lovbestemmelse. Det som er interessant i denne sammenhengen er det som uttales om forvaltningens skjønnskompetanse. Søkerne må etter EU-retten presist kunne kjenne hvilke forpliktelser de påtar seg mot å få tildelt en konsesjon. Spørsmålet blir så hva som kreves. Fenger skriver på sin side at det er de samme prinsipper som styrer rettsfølgesiden som styrer rettsfaktumsiden. Som han skriver, den berørte borger må kunne vite hvilke bånd han er pålagt.²⁶² På den andre siden er det slik at EU-retten i enkelte tilfeller aksepterer vidt utformede skjønns hjemler. Men situasjonen for vilkårenes vedkommende vil være noe annerledes. Når det gjelder vilkår, er det snakk om å pålegge en konsesjonssøker noe. Med andre ord er det litt andre hensyn som gjør seg gjeldende for vilkårsfastsettelsens del. For å ta noen typetilfeller: en ulovfestet lære om at forvaltningen har adgang til å fastsette vilkår,

²⁶⁰ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 25

²⁶¹ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 94

²⁶² Fenger op. cit. s. 623.

vil neppe tilfredsstille forutberegnelighetskrav som stilles, på bakgrunn av de uttalelsene som kom i *UPC*. Der ble det ikke en gang akseptert at det var nevnt i forarbeidene.²⁶³ Det samme vil nok være tilfelle for en generell hjemmel til å stille vilkår, konsesjonssøkeren kan ikke da vite hvilke vilkår som persist kan stilles i vedtaket.

Spørsmålet blir så om en generell vilkårshjemmel med henvisning til lovens formål er tilstrekkelig. Det vil imidlertid heller neppe være tilstrekkelig, en søker må kunne lese ut av loven hvilke vilkår som kan pålegges. Som det nevnes i *UPC*-dommen, er ikke tilstrekkelig med «hensigtserklæringer».²⁶⁴ Med andre ord taler de beste grunner for at det må være fastsatt i loven hvilke vilkår som kan stilles. Det er ikke dermed sagt at de nøyaktige vilkår som kan stå i vedtaket, må fremgå av loven, EU-retten tillater en viss skjønnsmargin hos forvaltningen, også under vage eller skjønnsmessige uttrykk.

En annen side av dette er spørsmålet om forvaltningens adgang til å omgjøre egne vedtak, enten ved bruk av forvaltningsloven § 35 eller at forvaltningen har forbeholdt seg retten til å omgjøre eget vedtak eller stille ytterligere vilkår i selve vedtaket.²⁶⁵ Det som er aktuelt, er selvsagt de tilfellene hvor det omgjøres til ugunst for konsesjonshaveren. I den domstolspraksisen som finnes, legges det stor vekt på forutberegnelighet for konsesjonshaverne. Dommen i *Costa og Cifone* gjaldt nettopp en slik omgjøringsregel.²⁶⁶ Riktignok gjaldt ikke denne lovgivning, men det er neppe noen grunn til at tilsvarende prinsipper ikke skal legges til grunn for lovgivningen.

²⁶³ Sak C-250/06 *UPC* (premiss 46).

²⁶⁴ Sak C-250/06 *UPC* (premiss 46).

²⁶⁵ I LB-2005-172949 var det påberopt EU-rettslige rammer for forvaltningens omgjøringsadgang. Anførselen er ikke nærmere kommentert i dommen.

²⁶⁶ Forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone*.

Domstolen pekte på at tap av en konsesjon utgjør en streng reaksjon for innehaveren.²⁶⁷ Ifølge Domstolen er det derfor slik at:

*«[m]ed henblik på at gøre det muligt for enhver potentiel tilbudsgiver med sikkerhed at vurdere risikoen for, at sådanne sanktioner vil finde anvendelse på ham, på at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, og endelig på at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet, er det følgelig nødvendigt, at de omstændigheder, hvorunder de nævnte sanktioner finder anvendelse, er formuleret klart, præcist og utvetydigt».*²⁶⁸

Dommen gir også anvisning på hvor konkret en slik omgjøringsregel må være. Domstolen aksepterte at en henvisning til mafiarelaterte- og andre samfunnsskadelige handlinger var presist nok. Derimot var en generell henvisning til alle andre typer lovovertridelser ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille rettssikkerhetsprinsippet.²⁶⁹ Ett forbehold må riktignok tas. Saken gjaldt som nevnt at konsesjonsinnehaveren kunne risikere å miste konsesjonen dersom vedkommende begikk straffbare handlinger. Det er med andre ord særlige regler som gjør seg gjeldende for den prosedyren rundt det å konstatere vilkårsbruddet. Men uttalelsen til Domstolen er generell, og uttalelsen gjelder hva som kreves av en eventuell omgjøringsregel, og ikke prosedyren for å konstatere bruddet.

I tjenestedirektivet er omgjøringsadgangen særlig regulert.²⁷⁰ Det som fremgår av artikkel 11 fjerde ledd, er at direktivet ikke berører statenes mulighet til å tilbakekalle tillatelsen når

²⁶⁷ Forente saker C-72/10 og C-77/10 Costa og Cifone (premiss 77).

²⁶⁸ Forente saker C-72/10 og C-77/10 Costa og Cifone (premiss 78).

²⁶⁹ Det kan også nevnes at Domstolen uttalte seg nærmere om det beviskravet som kreves for å konstatere et lovbrudd. Ifølge Domstolen måtte dette kunne støttes på en dom, en mistanke var med andre ord ikke tilstrekkelig. Men dette kan neppe legges til grunn som et allmenngyldig prinsipp, det gjaldt nettopp straffbare handlinger.

²⁷⁰ EP/Rdir 2006/123/EF.

vilkårene ikke lenger er oppfylt. Det første spørsmålet er om dette er en uttømmende regulering av omgjøringsadgangen. Det er det vanskelig å gi noe sikkert svar på. Det er heller ikke nærmere kommentert i forarbeidene. Spørsmålet er hva som følger av disse uttalelsene. Dersom det legges til grunn at dette er en uttømmende regulering, og dette gjelder for alle konsesjoner, er det neppe adgang for forvaltningen å omgjøre tidligere tillatelser. Derimot, dersom dette ikke er å anse som en uttømmende regulering, blir spørsmålet hva EU-retten krever. Det må i alle tilfelle fremgå av loven hvilke situasjoner som gjør omgjøring aktuelt. Tilsvarende må det nok også fremgå av vedtaket hva som kan gjøre omgjøring aktuelt. Et generelt forbehold vil neppe være tilstrekkelig, hele poenget må være at en konsesjonssinnehaver skal kunne forutberegne sin stilling og dermed unngå å havne i en situasjon hvor et vedtak omgjøres. Samme betraktninger legges til grunn i sak C-325/85 hvor det uttales:

*«Dette krav om en klar retstilstand gjelder med særlig styrke, når det er tale om bestemmelser med retsvirkninger af økonomisk art, således at de berørte kan få et nøjagtigt kendskab til omfanget av de forpliktelses, der herved pålægges dem».*²⁷¹

Det samme gjentas med litt andre ord i sak VEMW, hvor det i premiss 80 heter at rettssikkerhetsprinsippet krever: *«retsregler, som har bebyrdende retsvirkninger for borgerne, skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig for borgerne».*²⁷²

Vi ser her at forutberegnelighetshensyn gjør seg sterkt gjeldende. Akkurat hvor klart dette må fremgå av vedtaket, er imidlertid uklart. Domstolen krever at det formuleres klart, presist og utvetydig. Dette er i realiteten tre ord for det samme. Men det som er sikkert, er at dette stiller krav til forvaltningen, vilkår kan ikke vedtas i generelle vendinger, det kreves

²⁷¹ Sak C-325/85 Irland mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (premiss 18).

²⁷² Sak C-17/03 VEMW (premiss 80).

en betydelig presisjonsgrad. I samme retning går også Schwarze, som synes å legge til grunn at det eksisterer en meget snever adgang til å omgjøre vedtak for EU-organene.²⁷³

En helt skjønnsmessig adgang til å omgjøre vedtak lar seg dermed vanskelig forene med disse synspunktene. Samtidig er det lite tvilsomt at det kan være et behov for å ha en slik regel. Dersom en slik regel aksepteres, må den nok bruke svært snevert.

For begge tilfellenes vedkommende – altså for både vilkårsfastsettelsen og omgjøringsadgangen – gjør avgjørelsen i *Jokela* seg gjeldende.²⁷⁴ Der ble det jo nettopp akseptert en vidt utformet skjønnshjemmel for å ta hensyn til at ikke alle mulige omstendigheter kunne forutses. Samtidig skal man nok være forsiktig med å legge for mye i den avgjørelsen på dette området, all den tid Domstolen har uttalt seg i noe klarere ordelag når det gjelder adgangen til å fastsette vilkår og adgangen til å omgjøre vedtak.

Samlet sett fremgår det igjen av Domstolens praksis at forutberegnelighet står sterkt - søkeren skal på forhånd kunne kjenne sin rettsstilling. Dette gjelder ikke bare hvilke vilkår som skal oppfylles, men også de forpliktelser som eventuelt blir pålagt søkeren.

4.11 Rettsfølgesiden – utvalgte emner

Domstolen har også uttalt seg om enkelte andre sider av rettsfølgene ved et vedtak hvor forvaltningen har skjønnshjemmel til å fastsette den nærmere rettsvirkningen av vedtaket. Dette er behandlet fordi dette enten er noe Domstolen har uttalt seg om, eller er nevnt i tjenesteloven som en aktuell problemstilling.

Den første problemstillingen er om en konsesjon kan begrenses i tid, og i tilfelle i hvilken utstrekning det kan gjøres. For det første er det klart at en konsesjon kan begrenses i tid der

²⁷³ Schwarze (2006) s. 1024.

²⁷⁴ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

hvor et allment hensyn krever det, eller hvor allmenne hensyn innebærer at antall konsesjoner må begrenses. Dette følger også av artikkel 11 i tjenstedirektivet.²⁷⁵ Dette er uproblematisk i de tilfellene hvor antall konsesjoner er ubegrenset. I de tilfellene hvor antall konsesjoner er begrenset, følger det av artikkel 11 at konsesjonene kan tidsbegrenses. Når dette er tilfellet, følger det av fortalen et en tillatelse:

*«bør ikke ha uforholdsmessig lang varighet, bør ikke fornyes automatisk eller innebære fordeler for den tjenesteyteren hvis tillatelse nettopp har utløpt. Særlig bør varigheten for tillatelsen som gis, fastsettes slik at den ikke innskrenker eller begrenser fri konkurranse ut over det som er nødvendig for at tjenesteyteren skal få tilbake sine investeringskostnader og få en rimelig avkastning på investert kapital».*²⁷⁶

I sak C-64/08 var det også spørsmål om en konsesjons varighet. I denne saken gjaldt det konsesjon for å drive kasinoer. Domstolen aksepterte at en konsesjon ble begrenset til å gjelde for 15 år.²⁷⁷ Det samme er tilfelle i sak *Sporting Exchange*, se nærmere under punkt 4.4. I den saken aksepterte også Domstolen at en konsesjon kunne tidsbegrenses. I det tilfellet fremgikk det av lovgivningen at en konsesjon skulle tidsbegrenses, men ikke hvor lenge.²⁷⁸ Med andre ord kan en konsesjon tidsbegrenses, det kan legges til grunn at det følger av EU-retten. Men det er klart at en slik ramme ikke er ubegrenset. Dersom forvaltningen gir en tillatelse som medfører at innehaveren av konsesjonen får mer enn hva som er

²⁷⁵ EP/Rdir 2006/123/EF.

²⁷⁶ EP/Rdir 2006/123/EF fortalens punkt 62.

²⁷⁷ Sak C-64/08 Straffesag mod Ernst Engelmann premiss 47 og 48, «Dette synes at være tilfældet i den foreliggende sag, idet tildeling af koncessioner med en gyldighedsperiode på indtil 15 år, med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse heraf, synes begrundet, navnlig henset til at koncessionshaveren har brug for at have en periode til rådighed, der er tilstrækkeligt lang til at afskrive de investeringer, som kræves for at etablere et spillekasino».

²⁷⁸ Forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting.

«rimelig avkastning», vil dette stride mot EU-retten. Men det er klart at «rimelig avkastning» vil overlate forvaltningen et betydelig skjønn.

Spørsmålet er så om en konsesjon må tidsbegrenses i de tilfellene hvor det eksisterer et begrenset antall. Av tjenstedirektivet artikkel 11 fremgår det at dette «bør» være tilfelle. Men i artikkel 12 nr. 2 heter det at dersom antall tillatelser er begrenset på grunn av knapphet på naturressurser eller teknisk kapasitet, skal tillatelsene begrenses til et passende tidsrom.²⁷⁹ I norsk rett er det antatt at en konsesjon kan tidsbegrenses. Men EU-retten går nok trolig noe lengre, i enkelte tilfeller vil det trolig være en forpliktelse til å tidsbegrense en konsesjon. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor antall konsesjoner er begrenset.²⁸⁰

4.12 Oppsummering av EU-rettslige krav og konklusjoner

Fremstillingen ovenfor har vist at EU-retten i stor grad påvirker nasjonale myndigheters skjønnsutøvelse under konsesjonsordninger. Domstolens praksis viser at det legges stor vekt på forutberegnelighet, en konsesjonssøker skal kunne kjenne sin rettsstilling før det søkes, og også hvilke rettsfølger som kan bli pålagt vedkommende. Kravet til forutberegnelighet synes dermed å være noe mer enn bare det å unngå forskjellsbehandling.

Samtidig åpner også Domstolens praksis opp for en viss fleksibilitet i anvendelsen av konsesjonsordningene, uten at dette skal gå på bekostning av forutberegneligheten. Rekkevidden av Domstolens avgjørelser er imidlertid noe usikre. De kommer i forskjellige kontekster, og det er ikke til nå etablert noen klare rettssetninger for denne typen saker slik som det er gjort i en del andre tilfeller.

²⁷⁹ EP/Rdir 2006/123/EF.

²⁸⁰ Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-203/08 Sporting Exchange og C-258/08 Ladbrokes Betting hviler på en slik tankegang, se premiss 182.

4.13 Norsk rett og anvendelsen av konsesjonsordninger

4.13.1 Innledning

Så langt er de krav som Domstolen har satt til anvendelse av konsesjonsordninger behandlet. Det neste spørsmålet er hvordan dette passer inn i en norsk kontekst. For det første er det interessant å undersøke om norsk rett tilfredsstiller de kravene som Domstolen stiller. For det andre er det interessant å bruke de aktuelle kravene fra EU-retten, og anvende de på noen praktiske problemstillinger i norsk rett.

Innledningsvis må det gjøres noen presiseringer. Det er ikke alltid noe klart skille mellom adgangen til å treffe et vedtak eller ikke, og hva vedtaket nærmere skal gå ut på.²⁸¹ Tilsvarende er det ikke noe klart skille mellom det å legge om tolkningen av en vidt utformet bestemmelse, og det å legge om en praksis innenfor en bestemmelse som innebærer skjønnsfrihet for forvaltningen. Begge tilfellene behandles derfor. Innledningsvis er det en generell gjennomgang av reglene om myndighetsmisbruk. De ulike elementene er ikke nøye behandlet, men det trekkes heller inn konkrete momenter der hvor det er aktuelt å sammenligne med EU-retten, og undersøkes om dette fanges opp av den norske læren.

4.13.2 Norsk rett og anvendelse av konsesjonsordninger

I norsk forvaltningsrett har det tradisjonelt sett vært myndighetsmisbrukslæren²⁸² som har sett grenser for forvaltningens skjønnsutøvelse.²⁸³ Denne læren går ut på at så lenge forvaltningen holder seg innenfor rammene av den aktuelle lovgivningen for konsesjonen, må det ikke tas utenforliggende hensyn, fattes vilkårlige vedtak, eller vedtak som er sterkt urimelige eller vedtak som innebærer en usaklig forskjellsbehandling.²⁸⁴ I tillegg vil formålet

²⁸¹ Eckhoff op. cit.s. 396.

²⁸² Det er noe uenighet knyttet til begrepet «myndighetsmisbrukslæren», se for eksempel Aulstad (2008) eller Eckhoff op. cit s. 427. Jeg har i oppgaven valgt å bruke det tradisjonelle ordet «myndighetsmisbrukslæren».

²⁸³ Eckhoff op. cit. kapittel 24, Graver (2007) kapittel 6.

²⁸⁴ Se Eckhoff op. cit. kapittel 24 eller Graver (2007) kapittel seks.

med en lov også ofte sette rammer for hva som kan vedtas i medhold av loven, men dette er for så vidt nært knyttet til læren utenforliggende hensyn.²⁸⁵ I nyere norsk forvaltningsrettslig litteratur har det også blitt diskutert om det eksisterer et forholdsmessighetsprinsipp når forvaltningen fatter vedtak, utover i de tilfeller hvor loven gir anvisning på dette. Graver er en sterk agitator for et slikt synspunkt.²⁸⁶ Smith på sin side er mer skeptisk til at det eksisterer et slikt krav, og mener et forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett i realiteten bare er en omskrivning av myndighetsmisbrukslæren.²⁸⁷ Den diskusjonen skal ikke tas her. I tillegg er det en rekke forhold som kan medføre at et enkeltvedtak blir ugyldig, slik som saksbehandlingsfeil og manglende begrunnelse (særlig ved inngripende vedtak). Ut over dette er det ikke noen andre materielle skranker for forvaltningens skjønnsutøvelse.

Enkelte lover gir som nevnt anvisning på en forholdsmessighetsvurdering. I alle tilfelle vil et slikt prinsipp gjelde når det gripes inn i EU-retten ved et enkeltvedtak. Forvaltningen må ta selvstendig stilling til dette når den fatter vedtaket. Med andre ord må forvaltningen for det første vurdere om vedtaket er egnet for å nå det fastsatte målet med konsesjonsordningen. Dette vil sjelden være problematisk under en konsesjonsordning. For det andre må forvaltningen vurdere nødvendigheten av vedtaket. Det som nærmere vil være problemet for forvaltningen, er at den må vurdere i hvilken grad vedtaket *i hvert enkelt tilfelle* er nødvendig for å nå det fastsatte målet med konsesjonen. Dette vil også være nødvendig for slik som vilkår, omgjøringsadgang og tidsbegrensning, det må vurderes om det er nødvendig i hvert enkelt tilfelle.

Det må også presiseres at proporsjonalitetsvurderingen vil påvirke forvaltningens rammer for hva den kan bestemme. Som nevnt tidligere, er det slikt at forvaltningen må ta selvstendig stilling til de EU-rettslige regler. Flere forfattere hevder at når nasjonale myndigheter først har fastlagt et beskyttelsesnivå, står nasjonale myndigheter fritt innenfor dette området

²⁸⁵ Eckhoff op. cit. s. 408.

²⁸⁶ Graver (2002) kapittel 7.

²⁸⁷ Eckhoff op. cit. s 425-426.

til både å fastsette lover og enkeltvedtak, og at domstolene ikke kan overprøve dette.²⁸⁸ I hvilken grad domstolene kan overprøve dette, skal ikke behandles nærmere. At statene står fritt til å fastsette beskyttelsestiltak er ikke tvilsomt, så lenge området ikke er harmonisert med sekundærlovgivning, og det ikke er et element av overbeskyttelse inne i bildet. Men som Graver er inne på, fører Domstolen også kontroll med konsistensen av den nasjonale politikken.²⁸⁹ Poenget mitt her er at når statene først har fastsatt et beskyttelsesnivå, må nasjonale myndigheter forfølge dette sammenhengende og systematisk. Det sier seg selv at dette snevrer inn skjønnet innenfor rammen av det fastsatte beskyttelsesnivået. Samtidig krever dette også en viss koordinering mellom ulike forvaltningsmyndigheter. Ofte vil flere tillatelser være nødvendig for å oppnå en konsesjon.²⁹⁰ Myndighetene må dermed sammen vurdere om de utøver kompetansen på en sammenhengende og systematisk måte.

I behandlingen av det materielle, kan det åpenbare tas først. Det er lite tvilsomt at skjønnsutøvelse i strid med myndighetsmisbrukslæren vil være i strid med EU-retten. For det andre, som nevnt flere ganger tidligere, er det ikke adgang for forvaltningen å vektlegge andre hensyn enn de allmenne hensyn når den vurderer en konsesjonssøknad. Spørsmålet er om skjønnet snevres ytterligere inn.

Som nevnt er det slik at ved vidt utformede skjønns hjemler, krever EU-retten en ensartet anvendelse av kriteriene som benyttes under en slik bestemmelse. I norsk rett eksisterer det en rekke slike regler, ofte formulert med vilkåret «særlig», eller andre lignende ord.²⁹¹ Et eventuelt skifte av innholdet i disse kriteriene, vil trolig kreve en lovendring etter EU-retten, eller i alle tilfelle forutsette at det har oppstått en ny situasjon, se nærmere under punkt 4.3.

²⁸⁸ Graver (2002) s. 90-91, Syrstad (2003) s. 354, Lilli (199) s. 527.

²⁸⁹ Graver (2002) s. 92.

²⁹⁰ Eckhoff op. cit. s. 461.

²⁹¹ Se Eckhoff op. cit. s. 401.

Spørsmålet er da om denne konsistensen fanges opp av noen av reglene under myndighetsmisbrukslæren. En slik regel eksisterer i utgangspunktet ikke i norsk rett, og vil potensielt sett ha betydning for den norske læren om myndighetsmisbruk. Det er ikke meg bekjent antatt at en slik grense eksisterer i nasjonal forvaltningsrett. Derimot vil formålet med lovgivningen ofte sette en ramme for hvilke kriterier som kan vektlegges under vidt utformede bestemmelser.²⁹² Men for det første vil en lov ofte forfølge flere formål. For det andre er det ikke alltid klart hva formålet med loven er, det er ikke alltid det er en formålsbestemmelse. For det tredje kan loven ofte åpne for flere muligheter, særlig der hvor den er vidt utformet. Poenget mitt er at det ikke eksisterer noen slik «regel» som vil fange opp fastholdelse av tidligere valgte kriterier. De eneste unntakene som kan tenkes er at en slik praksis vil fanges opp av læren om utenforliggende hensyn, eventuelt usaklig forskjellsbehandling. For å ta læren om utenforliggende hensyn først. Der hvor en lov åpner opp for å vektlegge flere hensyn, noe som typisk vil være tilfelle ved vidt utformede skjønnshjemler, er det antatt at forvaltningen står fritt til å vektlegge hensynene innbyrdes fritt.

For å ta et eksempel fra norsk rett hvor dette kan vises til Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk).²⁹³ Saken gjaldt § 11 i forurensningsloven, som er hjemmelen for å gi tillatelse til forurensning. Etter fjerde ledd skal det legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket. I Lunner Pukkverk-dommen var det lagt avgjørende vekt på den trafikkstøyen som tiltaket ville medføre. Et av spørsmålene var om dette var et lovlig hensyn sett i lys av formålet til loven. Den diskusjonen skal ikke tas her. Poenget mitt her er mer at dersom myndighetene først har anført dette som et viktig kriterium under loven, må den også gjøre dette i tilsvarende grad i andre saker. Som et utgangspunkt vil derfor forvaltningen stå fritt til hvordan den vil anvende dette vilkåret. Men når den først har stilt trafikkstøy som et kriterium i forgrunnen, må den gjøre det også i andre saker, i tråd med *Jokela*.²⁹⁴

²⁹² Eckhoff op. cit. s. 388-389.

²⁹³ Tilsvarende var tilfelle i sak Rt. 1996 s. 78, men på alkoholpolitikens område.

²⁹⁴ Forente saker C-9/97 *Jokela* og C-118/97 *Pitkäranta*.

Det neste spørsmålet er om et slikt konsistenskrav vil fanges opp av reglene om usaklig forskjellsbehandling. Dette kan diskuteres, all den tid poenget med usaklig forskjellsbehandling er at det ikke foreligger noen legitim grunn til å forskjellsbehandle. I mange tilfeller vil det være gode grunner for å anvende forskjellige kriterier under slike skjønnsmessige bestemmelser. Samtidig er det jo også slik at en forfølgelse av et mål som ikke er sammenhengende og systematisk lett vil gi seg utslag av en form for forskjellsbehandling, som nevnt over. I mange tilfelle vil også et brudd med en praksis innebære usaklig forskjellsbehandling etter norsk rett.²⁹⁵

Men det er også etter norsk rett er det antatt at dersom en instruks har gitt grunnlag for fast praksis, kan det være grunn til å statuere ugyldighet for vedtakets vedkommende. Dette gjelder da når praksisen har medført at den får karakter av en regel.²⁹⁶ På den andre siden er det slik at dersom praksisen er en følge av en instruks, er det ikke gitt at et instruksbrudd er et tilstrekkelig grunnlag for å konstatere ugyldighet.²⁹⁷ Det fremgår her med andre ord at norsk rett i utgangspunktet er i overenstemmelse med EU-retten. Allikevel må det gjøres en presisering. Det konsistenskravet vil neppe fanges opp fullt og helt av de norske reglene. Etter norsk rett er det ikke noe i veien for ikke å følge en fast praksis under særlig vide skjønnshjemler. Men det kreves etter EU-retten. Så trolig vil ikke norsk rett fange opp dette helt.

Det videre spørsmål – om skifte av praksis – kan gjøres relativt kort. Spørsmålet om adgangen til å skifte en lovlig praksis, har stort sett vært nevnt i tilknytning til spørsmålet om instrukser, men også i tilknytning til myndighetsmisbrukslæren. Eckhoff/Smith legger til grunn at så lenge forvaltningen holder seg innenfor sin kompetanse, er det ikke noe i veien for å endre praksisen. En generell endring av praksis vil ikke være å anse for usaklig for-

²⁹⁵ Eckhoff op. cit. s. 178-179.

²⁹⁶ Eckhoff op. cit. s. 175-178.

²⁹⁷ Eckhoff op. cit. s. 178-179.

skjellsbehandling²⁹⁸ Det er så vidt meg bekjent ikke noen rettspraksis knyttet til dette spørsmålet. Men som vist ovenfor, kan ikke dette legges ubetinget til grunn i EU-retten. Samtidig, der hvor det foreligger en særlig omstendighet som gjør det legitimt å endre praksis, er det som tidligere nevnt ikke noe i veien for å gjøre dette etter EU-retten. Tilsvarende vil også følge av norsk rett – særlige omstendigheter vil trolig medføre en form for saklig forskjellsbehandling.

Det som er behandlet ovenfor har også en side til kravet om en sammenhengende og systematisk anvendelse av en konsesjonsordning. Et slikt prinsipp kan i utgangspunktet neppe utledes av norsk forvaltningsrett. En konsesjonsordning i norsk rett brukes ofte som et statlig styringssystem, og forfølger dermed et legitimt formål. Dersom det er begrenset antall konsesjoner fordi virksomheten vil være skadelig for samfunnet dersom virksomheten slippes løs, må det også praktiseres strengt. Dette vil med andre ord sette betydelige rammer for forvaltningen. Litt av problemet er at en slik utøvelse av skjønnnet neppe vil komme for domstolene, all den tid søkeren ikke vil klage på å få konsesjonen, og andre trolig ikke vil ha rettslig interesse i å få brakt saken inn for domstolene. Spørsmålet er nærmere om noe slikt vil fanges opp av noen andre regler i norsk rett. Som ofte ellers vil formålet sette en ramme for hva forvaltningen kan bestemme i medhold av en lov, og hvilke formål den forfølger. Men som nevnt synes sammenhengende og systematisk å være noe mer, men det er vanskelig å konkretisere ytterligere.

Som vist ovenfor, vil også ytterrammene for en konsesjonsordning snevres inn, i og med myndighetene i en konsesjonsordning ikke kan avslå alle søknader, ei heller innvilge alle søknader. Isolert sett er det neppe noe i norsk rett som ville vært til hinder for dette, som nevnt over under punkt 4.8. Det fremgår allerede av praktisereringen av den gamle ervervsloven, det var åpenbart ikke noe i norsk rett som var i veien for den praksisen som ble fulgt.

²⁹⁸ Eckhoff op. cit. s. 179 og s. 422.

Tilbake står da spørsmålet om EU-retten stiller noen ytterligere krav med hensyn til om det etter norsk er adgang til å bruke konsesjonsordningen til å fremme andre hensyn enn de som fremgår av ordningen. Det mest nærliggende vil være å drøfte dette opp mot læren om utenforliggende hensyn. Det er selvsagt slik at et utgangspunkt vil bli tatt i hjemmelslovgivningen.²⁹⁹ Men der hvor hjemmelslovgivningen er særlig vid, har norsk rett tradisjonelt ikke stilt for strenge krav til hva som kan anses for å være relevante hensyn.³⁰⁰ Det er også lagt til grunn at det ikke generelt kan kreves at et hensyn må ha hjemmel i den aktuelle kompetansebestemmelsen for at det ikke skal anses for å være utenforliggende.³⁰¹ I tillegg er det mye som etter norsk rett er overlatt forvaltningen når det gjelder de ulike hensynenes vekt.³⁰² Dette har to sider til EU-retten. Det ene er de forutberegnelighetskrav som kreves for at et (legitimt) hensyn skal anses for å være relevant. Er ikke et hensyn nevnt i lovgivningen, er det vanskelig for en konsesjonssøker å se at det vil bli hensyntatt. For det andre er det et spørsmål om den innbyrdes vekten av de (legitime) hensynene.

Det første punktet er det vanskelig å si noe generelt om. Som nevnt over, må det trolig aksepteres etter EU-retten at det tas andre hensyn enn de som fremgår av hjemmelslovgivningen. Hvor langt dette strekker seg, er mer uklart, Domstolen har ikke uttalt seg om dette, og det er også vanskelig å utlede av noen av de generelle prinsippene.

Men når det gjelder vekten av hensynene innbyrdes, kan dette stille seg annerledes. Som nevnt under punkt 4.7. er det slik at EU-retten krever at en konsesjonsordning må brukes til reelt å forfølge de mål som ordningen setter. Dersom andre hensyn kommer i forgrunnen, vil nok det være i strid med dette kravet. Da vil ikke vedtaket reelt forfølge målet med ordningen, og det vil vel neppe være forutberegnelig for søkeren. Samtidig eksisterer det også en grense her i norsk rett, så det er vanskelig å si hvorvidt denne grensen er i overensstem-

²⁹⁹ Eckhoff op. cit. s. 407.

³⁰⁰ Eckhoff op. cit. S. 407, med henvisning til Rt. 1934. s. 625 og Rt. 1936. s. 801.

³⁰¹ Graver (2007) s. 122.

³⁰² Eckhoff op. cit. s. 409.

melse med EU-retten, eller om EU-retten innebærer en noe snevrere adgang til hvordan de innbyrdes hensyn vektlegges.

4.13.3 Vilkårsfastsettelse, omgjøringsadgang og tidsbegrensning

Når det gjelder det å knytte vilkår til begunstigende vedtak i norsk rett, er det gjennom norsk rettspraksis og teori utviklet enkelte prinsipper. I alle tilfelle, der hvor loven åpner for å sette vilkår, kan dette gjøres. I noen tilfeller gir loven selv anvisning på hvilke vilkår som kan stilles, eksempelvis konsesjonsloven § 11 som sier at «*[k]onsesjon etter loven kan gis på slike vilkår som i hvert enkelt tilfelle finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme*»³⁰³ I andre tilfeller finnes det lovbestemmelser som setter strengere krav til at vilkåret må ha nær sammenheng med vedtaket. I atter andre tilfeller finnes det lovgivning som er taus om adgangen til å stille vilkår. I slike tilfeller er det likevel antatt at ut fra sedvanerettslig grunnlag at forvaltningen kan sette vilkår ved begunstigende vedtak, forutsatt at det foreligger en skjønnsmessig kompetanse til å fatte det aktuelle vedtaket.³⁰⁴ Men adgangen til vilkårsfastsettelsen er allikevel ikke helt uten grenser, vilkåret må ha saklig sammenheng med vedtaket, og ikke være uforholdsmessig tyngende.³⁰⁵ Når det gjelder EU-retten, kan det åpenbare tas først. At det ikke kan stilles vilkår som innebærer forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, er åpenbart. Tilsvarende kan det heller ikke stilles vilkår som er indirekte diskriminerende.

Spørsmålet er nærmere om vilkårskompetansen innskrenkes ytterligere. Som vist ovenfor, taler gode grunner for dette. Konklusjonen min ovenfor var som nevnt at det trolig må fremgå av lovgivningen hvilke forpliktelser som kan pålegges gjennom vilkårs læren. Forutsatt at de momentene som er nevnt i *UPC* og *Costa og Cifone* legges til grunn, kan det

³⁰³ Se Eckhoff op. cit. s. 433.

³⁰⁴ Eckhoff op. cit. s. 435, Graver (2007) s. 292-293.

³⁰⁵ Eckhoff op. cit. s. 436, Graver (2007) s. 295-296

vanskelig hevdes at den norske praksisen er i overenstemmelse med EU-retten.³⁰⁶ En såpass snever adgang til å fastsette vilkår, vil ikke fanges opp av den ulovfestede vilkårlæren. Det er i og for seg ikke noe i veien for å opprettholde den norske lovgivningen, og dermed ikke fastsette vilkår i enkeltvedtak der hvor en slik kompetanse ikke fremgår av loven.

Et ikke uvanlig forekommende tilfelle er at forvaltningen gjennom et vilkår i selve vedtaket forbeholder seg adgangen til å endre vedtaket, enten ved å endre vilkårene, eller omgjøre vedtaket. For det første er det klart at en slik adgang til å fastsette et slikt vilkår må fremgå av lovgivningen. For det andre kan det diskuteres i hvilken grad myndighetene kan forbeholde seg en slik rett ved bruk av et generelt vilkår. Gode grunner taler for at de ikke kan gjøre det. Dersom blikket vendes tilbake til *Costa og Cifone* heter det nettopp at en konsesjonssinnehaver skal kunne forutberegne sin stilling slik at vedkommende ikke foretar noen handlinger som medfører at det oppstår en slik situasjon som kan medføre et omgjøringsvedtak.³⁰⁷ Graver synes også å legge til grunn at det eksisterer en noe snevrere adgang til å omgjøre *lovlige* forvaltningsvedtak i EU-retten enn hva som er tilfelle i norsk rett.³⁰⁸

Tilbake står spørsmålet om omgjøring i lys av en skjønnsmessig bestemmelse. Så vidt meg bekjent har ikke dette vært oppe i noen rettspraksis fra EU. Men det kan vanskelig tas til inntekt for at EU-retten ikke vil kunne påvirke dette – EU-retten er nettopp sterkt gjennom-syret av forutberegnelighet når det gjelder konsesjonssaker. Etter norsk rett er det etter forvaltningslovens § 35 siste ledd adgang til å omgjøre et vedtak på grunnlag av ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Denne adgangen beror på en skjønnsmessig interesse-avveining.³⁰⁹ Bestemmelsen behandles ikke nærmere her. På bakgrunn av det som er trukket ut ovenfor, er det grunn til å anta det ikke kan omgjøres i lys av en slik bestemmelse,

³⁰⁶ Sak C-250/06 UPC og forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone*.

³⁰⁷ Forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone*.

³⁰⁸ Graver (2007) s. 543.

³⁰⁹ Eckhoff op. cit. s. 331.

den er for uforutsigbar. I samme retning trekker også tjenstedirektivets regler. Etter dette direktivets artikkel 11 nr. 4 skal ikke direktivet påvirke medlemsstatenes adgang til å tilbakekalle tillatelser når vilkårene ikke er oppfylt lenger. Dersom dette anses for å være en uttømmende regulering av omgjøringsadgang, trekker dette i retning av at det ikke eksisterer en slik generell omgjøringshjemmel i EU-retten.

Det siste spørsmålet som skal tas opp til behandling, er adgangen til å tidsbegrense en konsesjon etter norsk rett og adgangens forenelighet med EU-retten. Som nevnt over åpner EU-retten opp for at en konsesjon tidsbegrenses. Men trolig stiller EU-retten et krav om at en slik adgang må fremgå av lovgivningen, ellers vil ikke en konsesjonssøker kunne regne med at den vil kunne tidsbegrenses. Etter norsk rett er det antatt at en konsesjon kan tidsbegrenses, ut fra en mer til det mindre-tankegang. Dette forutsetter at tidsbegrensning ikke strider mot lovens formål eller er helt urimelig.³¹⁰ Hvor lenge en slik tidsbegrensning skal gjelde for, vil nok være opp til forvaltningen. Som vi har sett av tjenstedirektivet, er nok denne adgangen til å tidsbegrense noe snevrere enn hva som følger av norsk rett. I enkelte tilfeller er det også slik at EU-retten trolig krever at en konsesjon tidsbegrenses. Norsk lovgivning krever neppe noe slikt. Igjen fremkommer det at EU-retten vil i enkelte tilfeller snevre inn skjønnet for norske forvaltningsmyndigheter.

4.13.4 Oppsummering

Sammenligningen ovenfor har vist at EU-retten potensielt sett vil snevre inn skjønnet til norske forvaltningsmyndigheter. Forutberegnelighetskrav står som nevnt sterkt i EU-retten, og det kan synes som om det kravet er mer fremtredende i EU-retten enn hva som gjelder for norsk rett. Samtidig vil mye som nevnt også fanges opp. Litt av problemet er at de kravene som Domstolen stiller, fremgår med ord og vendinger som ikke er kjente i norsk forvaltningsrett. Det gjør sammenligningen noe vanskeligere. Samtidig er det ikke i norsk rett lagt noen spesiell vekt på å beskytte de berettigede forventningene til konsesjonssøkerne,

³¹⁰ Eckhoff op. cit. s. 466.

og dette kan først og fremst få betydning for adgangen til norske myndigheter når det gjelder et skifte i anvendelse av konsesjonsordningen. Et annet eksempel som illustrerer godt de kravene som EU-retten stiller er knyttet til læren om vilkårsfastsettelse, som synes strengere der enn hva som gjelder for norsk rett. Men også flere sider av skjønnsutøvelsen kan synes å være noe snevrere etter EU-retten enn hva som gjelder etter norsk forvaltningsrett, men rekkevidden av dette er som nevnt noe usikker.

5 Begrunnelseskrav

5.1 Innledning

Når en nasjonal forvaltningsmyndighet griper inn i de fire friheter gjennom et forvaltningsvedtak som innebærer utøvelse av skjønnsmyndighet, oppstår spørsmålet om hvilket begrunnelseskrav som eksisterer. Begrunnelseskravet kan utledes av flere dommer, og mange av de dommene som er gjennomgått over berører spørsmål om begrunnelseskrav. Begrunnelseskravene henger også tett sammen med skjønnsutøvelsen, ettersom begrunnelsen er den måten det kan kontrolleres om forvaltningen har overholdt de EU-rettslige kravene. Det er derfor ikke overraskende at Domstolen har stilt nærmere krav til begrunnelse ved vedtak som griper inn i de fire friheter. I tillegg vil kravet om begrunnelse på sett og vis følge av proporsjonalitetsprinsippet. Det er via vedtakets begrunnelse at forvaltningen kan vise at den selvstendig har tatt stilling til vedtakets egnethet og nødvendighet. Som nevnt tidligere, gjelder prinsippene for god forvaltningsskikk i EU tilsvarende i nasjonal forvaltningsrett.³¹¹

Spørsmålet er nærmere hva dette begrunnelseskravet krever. Det må presiseres at begrunnelseskravet kun gjelder i de tilfellene hvor avslag på en konsesjon blir gitt. Det er neppe noen grunn til at det skal gjelde der hvor en søknad blir innvilget. Tjenestedirektivet hviler også på samme tankegang, se nærmere nedenfor.³¹²

Kravene til begrunnelse er også et godt eksempel på hvordan kravene fra EU-retten påvirker og medfører endringer i nasjonalstatenes forvaltningsrett. Det er på det rene at kravene til begrunnelse har påvirket nasjonale forvaltningsregler i flere av EUs medlemsstater.³¹³

³¹¹ Graver (2002) s. 80.

³¹² EP/Rdir 2006/123/EF.

³¹³ Fenger op. cit. s. 398.

5.2 Kravene fra EU-retten

I enkelte dommer av eldre dato er det uttalelser om de krav som stilles til begrunnelse når en konsesjon eller lignende nektes. Allerede i *Heylens* finner vi uttalelser om dette.³¹⁴ Saken gjaldt den belgiske fotballtreneren Heylens som var trener for den franske klubben Lille. Etter fransk rett var det et krav om at fotballtrenere måtte ha et fransk eksamensbevis for å kunne arbeide som fotballtrener. Heylens søkte om å få sidestilt sin belgiske utdannelse med den franske, men fikk avslag. Avslaget var ikke begrunnet. Heylens fortsatte å utøve virksomheten, og ble dermed ilagt en straffesanksjon.³¹⁵ Det interessante ved saken er det Domstolen uttaler om krav til begrunnelse ved slike avslag i premiss 15:

*«Efter dette synspunkt bør der være adgang til at afkræve den nationale myndighed oplysning om de grunde, der har ført til afslaget, enten i forbindelse med afgørelsen selv eller — på adressaternes begæring — i en senere meddelelse. Det bemærkes dog, at de anførte krav, der udledes af fællesskabsretten — nemlig at der sikres en rettergangsmulighed, og at begrundelsespligten iagttages — efter deres formål alene gælder for de endelige afgørelser, hvorved der gives afslag på at anerkende en ligestilling, og ikke i forbindelse med udtalelser m.v., der er led i sagens forberedelse og oplysning».*³¹⁶

Domstolen krever at det skal være en begrunnelsesplikt ved slike tilfeller, men uttaler ikke noe nærmere om hvor streng denne plikten er. Domstolens uttalelser kom i forbindelse med en straffesak, at Domstolen krever et ganske strengt begrunnelseskrav, er dermed kanskje ikke så overraskende. Ifølge Fenger skyldes Domstolens resultat at rettssikkerhetshensyn

³¹⁴ Sak C-222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mod Georges Heylens and others.

³¹⁵ Sak C-222/86 Heylens (premiss 3-4).

³¹⁶ Sak C-222/86 Heylens (premiss 15).

legges til grunn, med andre ord hensynet til klageorganets behandling og en eventuell etterfølgende domstolsprosess.³¹⁷

Tilsvarende uttalelser finnes også i sak C-340/89³¹⁸ og de forente sakene i C-115/81 og C-116/81.³¹⁹ I de to sistnevnte forente sakene er det også gitt anvisning på utformingen av den nærmere begrunnelsen. Saken gjaldt to prostituerte franske kvinner som ble nektet innreise i Belgia. I forbindelse med vedtaket uttalte Domstolen at begrunnelsen skal:

«være så detaljeret og præcis, at den giver den pågældende mulighed for at forsvare sine interesser»,³²⁰ og «udfærdiget på en sådan måde, at den pågældende har mulighed for å forstå beslutningens indhold og virkning».³²¹

Selv om de ovennevnte sakene gjaldt forvaltningsvedtak, gjaldt de ikke konsesjonsordninger i tradisjonell forstand. De gjaldt også vedtak rettet mot enkeltpersoner som ofte ikke vil ha de samme ressursene til å forstå vedtaket som for eksempel foretak vil ha. I tillegg gjaldt det utvisning, med andre ord et inngripende vedtak.

I de aktuelle dommene som er behandlet, er *Inizan* det første eksempelet jeg har funnet på at det uttales noe om begrunnelseskravet. Domstolen uttalte her i forbindelse med konsesjonsordningen og dens forhold til tjenestereglene at:

³¹⁷ Fenger op. cit. s. 390.

³¹⁸ Sak C-340/89 Irène Vlassopoulou mod Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg.

³¹⁹ Forente saker C-115/81 Rezguia Adoui mod Den Belgiske Stat og byen Liège og C-116/81 Dominique Cornuaille mod den Belgiske Stat.

³²⁰ Forente saker C-115/81 og C-116/81 Adoui og Cornuaille (Domstolens svar nr. 4).

³²¹ Forente saker C-115/81 og C-116/81 Adoui og Cornuaille (premiss 13).

*«[d]et følger bl.a. heraf, at der i afslagene på at meddele tilladelse eller i de udtalelser, på hvilke eventuelle afslag er støttet, specifikt skal henvises til de bestemmelser, der er hjemmel for afslaget, og at de skal være behørigt begrundede i forhold til disse bestemmelser».*³²²

Det er kanskje ikke overraskende at det stilles et slikt begrunnelseskraav, det er et inngripende vedtak for den personen det gjelder, og det gjelder en privatperson.³²³ Mer interessant er da de uttalelser som kom i *Garkalns*. I forbindelse med kravene til avslaget uttalte Domstolen at:

*«[m]ed henblik på at gjøre det muligt at føre kontrol med, om tilladelsesprocedurerne er upartiske, er det endvidere nødvendigt, at de kompetente myndigheder bygger hver enkelt beslutning på et offentligt tilgængeligt ræsonnement, som i givet fald præcist angiver, hvorfor en tilladelse nægtes».*³²⁴

Et slikt avslag vil ikke være like inngripende som det nevnt i *Inizan*.³²⁵ Etter norsk rett vil det i alle tilfelle ikke bli karakterisert som et inngripende vedtak. Spørsmålet blir så om det kan legges til grunn at det er et alminnelig EU-rettslig prinsipp at vedtak i konsesjonssaker må begrunnes. Gode grunner taler for en slik tolkning. For det første – i *Garkalns* – er det ansett som en forutsetning for at det kan føres kontroll med at forvaltningen virkelig forfølger de mål som er satt. I denne sammenhengen er det verdt å peke at også på områder hvor statene har en betydelig mulighet for å fastsette det ønskede beskyttelsesnivået, eksisterer det et strengt begrunnelseskraav.³²⁶ Dette taler for at det kan legges til grunn at det eksisterer et strengt begrunnelseskraav i EU-retten. For det andre er det i tjenstedirektivet – som kodi-

³²² Sak C-56/01 *Inizan* (premiss 49).

³²³ Tilsvarende uttales også i C-372/04 *Watts*.

³²⁴ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 43).

³²⁵ Sak C-56/01 *Inizan*.

³²⁶ Sak C-470/11 *Garkalns*.

fiserer gjeldende rett – lagt til grunn at det eksisterer et strengt begrunnelseskrav. Artikkel 10 i tjenstedirektivet sier at:

*«Unntatt når tillatelse gis skal enhver beslutning truffet av vedkommende myndigheter, herunder avslag på eller tilbakekalling av en tillatelse, være fullt ut begrunnet, og kan prøves for domstolene eller andre klageinstanser».*³²⁷

Det nærmere spørsmålet blir da hva dette begrunnelseskravet krever nærmere. Det er ikke mange dommene som uttaler seg om hvor spesifikt dette kravet til begrunnelse er. I tillegg er det variert hva de ulike dommene krever. Domstolen har ikke gjort som den har gjort i andre saker, nemlig å stille opp presise setninger som gjentas i senere saker. Rekkevidden vil da bli noe usikker. Det vi i alle tilfelle kan trekke ut av de ulike dommene er tre momenter.

For det første stiller Domstolen krav om at det henvises til de spesifikke bestemmelsene som legges til grunn. Det må med andre ord gis en presis henvisning til den lovgivningen, altså den nøyaktige paragrafen, som ligger til grunn. En generell henvisning til loven vil neppe være tilstrekkelig. Dette følger av *Inizan*, hvor det kreves en henvisning til den spesifikke bestemmelsen.³²⁸

For det andre skal vedtaket være «behørigt» begrunnet når det gjelder bestemmelsene. Spørsmålet blir da hva det siktes til her. Det meste taler nok for at det er rettsanvendelsen som det menes. Det er «i forhold til» disse bestemmelsene det skal begrunnes. Det harmonerer også med uttalelsen i *Garkalns*, hvor det kreves at det begrunnes hvorfor en tillatelse nektes.³²⁹ Er ikke vilkårene for å få en tillatelse til stede, må dette presiseres.

³²⁷ EP/Rdir 2006/123/EF.

³²⁸ Sak C-56/01 *Inizan* (premiss 49).

³²⁹ Sak C-470/11 *Garkalns* (premiss 43).

For det tredje stilles det et presisjonskrav til vedtaket om hvorfor noe nektes. Dette er trolig skjønnsutøvelsen som det siktes til her. Dersom vilkårene for å få konsesjon er oppfylt, og det allikevel nektes, er det nettopp dette som omhandler «hvorfor en tilladelse nægtes». Med andre ord må det redegjøres for hvilke hensyn som er vektlagt og hvorfor en tillatelse ikke kunne gis. Tilsvarende når det gjelder faktum – hvorfor er det slik at en konsesjon nektes. Trolig må det også fremgå av vedtaket at det er foretatt en individuell vurdering. Som nevnt i kapittel 3 stilles det strenge krav til de vurderinger som gjøres. Kravet til en begrunnelse fremkommer knyttet til en domstolsprosess, og det er nettopp disse vurderingene som prøves i en slik prosess.

Til slutt er det spørsmålet om proporsjonalitetsvurderingen også må fremkomme av vedtaket. Dette følger ikke direkte av noen av de dommene som er omtalt. Men det er slik at de aktuelle uttalelsene som omtaler begrunnelseskravet kommer i relasjon til en domstolsprosess.³³⁰ Gode grunner taler derfor for at proporsjonalitetsvurderingen fremgår av vedtaket, slik at denne kan prøves i en domstolsprosess. Det eksisterer dermed et strengt begrunnelseskrav også der. Som Fenger skriver, er disse reglene et utslag av rettssikkerhetshensyn, som i mange tilfeller er mer fremtredende i EU enn det er i norsk rett.³³¹

Men begrunnelseskravet må modifiseres i lys av enkelte punkter. Som Fenger skriver, er det neppe noe i veien for standardbegrunnelser når denne begrunnelsen er tilstrekkelig presis, og det fremkommer av den hvilke konkrete omstendigheter som er vektlagt av forvalt-

³³⁰ Disse uttalelsene om kravene til domstolsprosess og full prøving kan også potensielt få betydning for norske domstolars tradisjonelle tilbakeholdenhet når det gjelder å prøve subsumjonsskjønnet og hensiktsmessighetsskjønnet til forvaltningen. EU-retten krever en full prøving av vedtakene i en domstolsprosess, og det er nok neppe rom for en tilbakeholdenhet der. Men oppgaven tillater ikke en lengre analyse av dette spørsmålet.

³³¹ Fenger op. cit. s. 390.

ningen.³³² Som nevnt synes også begrunnelseskravet å være noe strengere når det gjelder inngrep ovenfor fysiske personer enn juridiske personer.

Oppsummert er begrunnelseskravet nærmere konkretisert i to hensyn under rettssikkerhetsprinsippet. For det første skal en eventuell søker kunne forstå vedtaket som er fattet. For det andre skal dette kunne prøves i en eventuell domstolsprosess. Spørsmålet blir så hvordan de EU-rettslige kravene harmonerer med de norske kravene.

5.3 Norsk rett og begrunnelseskrav – sammenligningen

Utgangspunktet etter norsk rett er at enkeltvedtak skal begrunnes etter forvaltningslovens § 24. Kravene til begrunnelse er ulike avhengig av hvilken del av vedtaket det er tale om. Når det gjelder de rettsregler som ligger til grunn, skal det etter § 25 første ledd i vedtaket vises til de rettsregler som det bygger på, med mindre parten kjenner til dem. Rettsregler i denne sammenheng er ikke bare de skrevne lovene, men også forskrifter og uskrevne regler.³³³ Det er ikke noe krav om at det redegjøres for hvordan reglene er tolket, utover de retningslinjer som er gitt i første ledd annet punktum, som sier at dersom det er behov for å sette mottakeren av vedtaket i stand til å forstå det, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene, eller den problemstilling vedtaket bygger på.

I tillegg skal sakens faktum redegjøres for etter annet ledd, med mindre de faktiske forholdene er beskrevet av parten selv eller er kjent for parten. Videre er det forvaltningsloven § 25 siste ledd som i utgangspunktet regulerer kravene til begrunnelsen når det er utøvet skjønn fra forvaltningens side.³³⁴ Det følger av bestemmelsen at *«hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes»*. I de tilfeller hvor

³³² Fenger op. cit. s. 394.

³³³ Eckhoff op. cit. s. 308.

³³⁴ Det finnes avvikende bestemmelser i særlovgivningen.

det er gitt retningslinjer for skjønnsutøvelsen, følger det av bestemmelsene at en henvisning til retningslinjene vil være tilstrekkelig.

Isolert sett stiller ikke denne bestemmelsen særlig strenge krav, det er bare en «bør»-regel og ikke en «skal»-regel. Med «skjønn» i denne sammenhengen siktes det til hensiktsmessighetsskjønnet fra forvaltningen.³³⁵ Hva gjelder ordet «retningslinjer» siktes det særlig til retningslinjer gitt ved instruks, men også retningslinjer som har dannet seg gjennom praksis. I tillegg er det trolig slik at de viktigste fakta som ligger til grunn for skjønnet, også må nevnes i vedtaket.³³⁶

Disse bestemmelsene må tolkes i lys av den ulovfestede læren som ble skapt i Rt. 1981 s. 745. I den dommen ble det slått fast at det eksisterer et strengere begrunnelseskrav dersom vedtak er inngripende.³³⁷ Dette er også slått fast for skjønnsutøvelsens del i Rt. 2000 s. 1056, hvor førstvoterende uttaler at:

*«[h]vor detaljerte krav som skal stilles, må etter min mening bero på vedtakets karakter».*³³⁸

Og videre, lenger ned på siden:

«[b]ruk av statens forkjøpsrett er generelt inngripende ved at vedtakene griper inn i frivillige kontraktsforhold. Reelt sett har slike vedtak betydelige likhetstrekk med

³³⁵ Graver (2007) s. 509.

³³⁶ Eckhoff op. cit. s. 308.

³³⁷ Side 748 i dommen, hvor førstvoterende med tilslutning fra de andre dommerne uttaler: «Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen».

³³⁸ Rt. 2000 s. 1056 s. 1063.

*ekspropriasjon. Det må etter min vurdering fremgå at alle momenter av betydning er avveid».*³³⁹

Med andre ord kan det oppstilles to ytterligere betingelser utover de kravene som er fastslått i loven. For det første må begrunnelsen vise at alle relevante hensyn er vektlagt. For det andre må begrunnelsen avpasses etter hvor inngripende vedtaket er.³⁴⁰ Graver poengterer i tillegg at saker som berører EØS-retten, trer Domstolens langt mer omfattende begrunnelseskrav inn.³⁴¹ Blant annet er dette konkretisert med at også rettsanvendelsen må begrunnes.³⁴² I EU-retten eksisterer det heller ikke et slikt relativt begrunnelseskrav med hensyn til hvor inngripende vedtaket er, dette følger av *Garkalns*.³⁴³ Det er samtidig mulig å se på kravene Domstolen har stilt til begrunnelse er utslag av en tankegang om at inngrep i rettighetene etter EU-lovgivningen er såpass inngripende at det kreves en grundig begrunnelse. Med andre ord er dette en tankegang som er tilsvarende den som er lagt til grunn i den nevnte høyesterettspraksisen. Men det endrer ikke det faktum den typen vedtak som var i *Garkalns* ikke vil være av den typen inngripende vedtak som var i den nevnte høyesterettspraksisen.³⁴⁴ Det er dermed ikke rom for noen relativisering i norsk rett for vedtak som innebærer en inngripen i rettighetene som følger av EU-retten.

Et interessant poeng ved tjenstedirektivets begrunnelseskrav er forholdet til forvaltningsloven. I vurderingen av artikkel 10 nr. 6 heter det i forarbeidene at:

³³⁹ Rt. 2000 s. 1056 s. 1063.

³⁴⁰ Graver (2007) s. 511.

³⁴¹ Graver (2007) s. 507.

³⁴² Graver (2007) s. 508, med henvisning til sak E-2/94 Scottish Salmon Growers Association Ltd v EFTA Surveillance Authority. Se nærmere premiss 29

³⁴³ Sak C-470/11 *Garkalns*.

³⁴⁴ Sak C-470/11 *Garkalns*.

*«[f]orvaltningsloven gir regler om begrunnelse av enkeltvedtak og klageadgang i samsvar med kravene i direktivet. Enkeltvedtak vil også kunne bringes inn for domstolene. Forvaltningsloven oppfyller derfor kravene i tjenstedirektivet artikkel 10 nr. 6».*³⁴⁵

Det må være § 25 i forvaltningsloven det henvises til her. Det er et spørsmål om forvaltningsloven virkelig oppfyller de kravene som stilles etter tjensteloven. Som nevnt krever tjenstedirektivet at et vedtak skal begrunnes fullt ut. Dette må med andre ord gjelde alle sider ved forvaltningsvedtaket. Etter fvl. § 25 er det slik at skjønnet bør nevnes, og en henvisning til retningslinjene vil i tilfelle være tilstrekkelig. Dersom skjønnet ikke nevnes i vedtaket, er det ikke slik at vedtaket er «fullt ut begrunnet». En henvisning til retningslinjer kan vel neppe heller sies å innebære en fullstendig begrunnelse. Tilsvarende vil ikke en henvisning til retningslinjer være en fullt ut god begrunnelse etter den rettspraksisen som finnes – det vil neppe være en presis angivelse av hvorfor en tillatelse nektes. På den andre siden, er det som nevnt ikke noe rom for skjønn på de områdene som reguleres av tjensteloven, så begrunnelsesregelen passer kanskje ikke helt på å analogisere fra. Men etter norsk rett er det som nevnt ikke et krav om at rettsanvendelsen begrunnes, og kravet til begrunnelse av rettsanvendelse synes å være strengt i EU-retten.

5.4 Oppsummering

Det som kan utledes av analysen ovenfor, er at det eksisterer et strengt begrunnelseskrav i EU-retten når forvaltningen fatter enkeltvedtak. Her må med andre ord norsk rett modifiseres i ikke ubetydelig grad. Det eksisterer et vesentlig strengere begrunnelseskrav i EU-retten enn hva som følger av norsk rett. Det som er særlig interessant er at dette strenge begrunnelseskravet gjelder uavhengig av inngrepets art, slik det ikke er i norsk rett.

³⁴⁵ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 80.

6 Avslutning og konklusjon

Oppgaven har vist at rammene for forvaltningens skjønnsutøvelse i stor grad påvirkes av EU-retten, og oppgaven har også vist at alle sidene av skjønnsutøvelsen vil påvirkes. For det første har oppgaven vist at tolkningen og subsumsjonen under nasjonale, legitime regler vil påvirkes, at nasjonale myndigheter både må se hen til internasjonale kilder i sin vurdering i fakta og at det å vektlegge for få hensyn også kan være i strid med de EU-rettslige kravene.

For det andre viser oppgaven at det også er flere sider av den egentlige skjønnsutøvelsen til forvaltningen som vil påvirkes. Samtidig varierer de kravene som har blitt stilt av Domstolen i de aktuelle dommene, og enkelte av dommene synes noe vanskelig å harmonisere. I tillegg kommer for så vidt at det ikke finnes mange dommer på området. Hva som er årsaken til denne ulikheten mellom dommene, er noe vanskelig å si – det kan skyldes at faktum er forskjellig i de ulike sakene, men det kan også skyldes at de nasjonale ordningene følger ulike legitime hensyn og at statene har varierende grad av muligheter for å fastsette det aktuelle beskyttelsesnivået. Paradoksalt nok er det derfor slik at det vanskelig med noen grad av forutsigbarhet å trekke ut hvilke krav som stilles til de nasjonale myndighetene – til tross for at Domstolen selv vektlegger forutberegnelighet såpass sterkt. Samtidig er det verdt å merke seg at Domstolen i flere tilfeller går langt i å prøve de vurderinger som kreves av de nasjonale myndighetene, og den stiller klare krav også i de tilfeller hvor statene tradisjonelt har hatt stor frihet med hensyn til beskyttelsesnivået. Selv om rekkevidden av de EU-rettslige kravene er ikke er klar, er det lite tvilsomt at forvaltningsskjønnet rent faktisk vil snevres inn, sammenlignet med norsk forvaltningsrett, og at de vurderingene som må foretas vil bli noe annerledes enn de som foretas etter norsk forvaltningsrett. Samtidig er det også viktig å få med seg at flere av de krav som Domstolen har stilt, nok vil fanges opp av de norske rammene for myndighetenes utøvelse under konsesjonsordninger. I hvilken grad norske myndigheter må endre sin praksis, er dermed uklart.

For det tredje viser oppgaven at det er stilt inngående krav til forvaltningens begrunnelse ved tilfeller av nekting av konsesjoner. Begrunnelseskravet som kan utledes er nok det

mest markante eksempelet på hvordan kravene fra EU-retten påvirker den norske forvaltningen – og nok også det punktet hvor det er enklest å se at EU-retten stiller strengere krav enn hva som følger av norsk forvaltningsrett.

I kapittel 1.1 ga jeg et eksempel som belyste problemstillingene oppgaven tar opp. Dersom vi vender tilbake til eksempelet, får vi enkelte svar på hvordan EU-retten påvirker norsk forvaltningsrett. Det første spørsmålet var om myndighetene kunne lempe på anvendelsen av unntaksregelen. Svaret på det er at EU-retten i utgangspunktet ikke var til hinder for dette – forutsatt at de legitime målene ordningen forfølger, fortsatt forfølges på en sammenhengende og systematisk måte. Innvilges alle søknader vil ordningen heller neppe være egnet og nødvendig, da må eventuelt konsesjonsordningen gjøres om til en kontrollordning.

Det neste spørsmålet var om forvaltningen kunne forbeholde seg en vid omgjøringsadgang gjennom å fastsette et vilkår om dette i selve vedtaket. Svaret på dette er ikke klart, men det kan synes som om en slik adgang er noe snevrere etter EU-retten enn hva som følger av norsk forvaltningsrett.

Det tredje spørsmålet var om det var adgang for myndighetene til å omgjøre de tidligere vedtakene. Også dette må anses for å være usikkert. Men også her synes det som om adgangen er noe snevrere etter EU-retten enn hva som følger av norsk rett.

Det siste spørsmålet var om myndighetene hadde anledning til å falle tilbake på den gamle ordningen, hvor det omtrent ikke gis tillatelser. Dette er nok også diskutabelt. Men etter EU-retten kan det virke som om adgangen til å stramme inn en konsesjonsordning er noe snevrere enn etter norsk rett, og lettere kan komme i strid med forutberegnelighetskrav og forbudet mot forskjellsbehandling enn hva som er tilfellet i norsk rett.

Som nevnt innledningsvis i oppgaven er det noe overraskende at det ikke for norske domstoler er kommet opp spørsmål knyttet til de problemstillinger som oppgaven tar opp. Trolig er det imidlertid bare et tidsspørsmål før en konsesjonsordning blir utfordret EØS-rettslig –

enten ved at vedtaket eller selve ordningen blir utfordret. Trolig vil saken da gå for norske domstoler, om den så vil bli forelagt for EFTA-domstolen er et annet spørsmål. Noe traktatbruddssøksmål er neppe aktuelt i denne sammenhengen.

Samtidig ser det ikke ut at temaet blir noe mindre aktuelt i EU. Som det fremgår av oppgaven, er flere av dommene som analyseres av nyere dato. Dette tyder på at det pågår en utvikling i EU. På sikt kan dette medføre at vi får en mer ensartet forvaltningsrett i de ulike europeiske landene. Særlig for nye medlemsland, som ikke har en like utviklet forvaltningsrett, kan disse prinsippene få enda større betydning.

Et annet spørsmål er i hvilken grad norsk forvaltning og forvaltningsrett faktisk evner å fange opp disse prinsippene. En del av prinsippene er som allerede nevnt dekket av den norske læren. Men som analysene i oppgaven har vist, er det også en del aspekter som muligens ikke vil fanges opp av den tradisjonelle norske læren. I tillegg vil det foreligge et dobbelt sett med prinsipper som kan brukes til å utfordre ordninger og vedtak. Utviklingen i og kravene fra EU-retten har også den betydning at det ikke blir mye rom for norske myndigheter og domstoler til å utvikle nye prinsipper. Rettslig sett tilsier hensynet til ensartethet at utviklingen av EU-rett på dette området skal virke styrende for norske myndigheters utøvelse under EØS-avtalen. Dette vil i så fall medføre at norske myndigheter blir bundet på et annet nivå enn tidligere.

7 Kilder

Litteratur

- Alterskjær (2006) Alterskjær, Bjørnar. EØS-rettens betydning for norsk forvaltningsrett. I: Jussens venner vol. 41, 2006, s. 171-192 (Sitert fra Idunn.no).
- Arnesen og Stenvik (2009) Internasjonalisering og juridisk metode. Oslo, 2009
- Aulstad (2008) Aulstad, Johan Greger. *Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt-2008-560)*. I: Jussens venner vol. 43, 2008, s. 262 (Sitert fra lovdata.no).
- Barnard (2013) Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU*. Hampshire, 2013.
- Bekkedal (2008) Bekkedal, Tarjei. *Frihet, likhet og fellesskap*. Bergen, 2008.
- Bergsmark (2011) Bergsmark, Simen. *Kravet om et grenseoverskridende element*. Oslo, 2011. (Spesialavhandling ved Universitetet i Oslo) (Sitert fra duo.no).
- Bjørnebye m.fl. Bjørnebye, Henrik, Arnesen, Finn, Alvik, Ivar, Mestad, Ola. *EØS-rettslige rammer for revisjon av energiloven. Utredning til olje- og energidepartementet*. Oslo, 2007 (Sitert fra regjeringen.no).

- Eckhoff (2011) Eckhoff, Torstein og Smith Eivind. *Forvaltningsrett*. Oslo, 2011.
- Eriksen (2009) Eriksen, Christoffer C. *The European Constitution, Welfare States and Democracy – A study of Conflicts between the Four Freedoms and National Administrative Discretion*. Oslo, 2009
- EØS-rett (2011) Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole Andreas, Kolstad, Olav. *EØS-rett*. Oslo, 2011.
- Fenger (2004) Fenger, Niels. *Forvaltning og fællesskab. Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*. Århus, 2004.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland. Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2010, s. 247-287 (Sisert fra Idunn.no).
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland. *EU/EØS-rett i norske domstoler. Rapport # 3 – Europautredningen*. Bergen, 2011 (Sisert fra europautredningen.no).
- Graver (2002) Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten. Studier i europeisering av forvaltningsretten*. Bergen, 2004.
- Graver (2004) Graver, Hans Petter. *Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*. I: Lov og Rett, 2004, s. 224-244 (Sisert fra idunn.no).

- Graver (2007) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, 2007.
- Heistad (2006) Heistad, Markus *Legal certainty i konsesjonssaker*, Oslo, 2006. (Spesialavhandling ved Universitetet i Oslo) (Sitert fra duo.uio.no).
- Lilli (1999) Lilli, Marco *Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett*. I: Lov og Rett, 1999, s. 515-536 (Sitert fra lovdata.no).
- Mathisen (2007) Mathisen, Gjermund. *Om proporsjonalitetsprinsippet for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*. I: Jussens venner vol. 42, 2007, s. 80-92 (sitert fra Idunn.no).
- Mathisen (2010) Mathisen, Gjermund. *Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement*. I: Common Market Law Review vol. 47, 2010, s. 1021-1048 (Sitert fra HeinOnline).
- Moloney Moloney, Niamh. *Case C-452/01 Margarethe Ospelt v. Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Judgement of the Full Court of 23 September 2003, [2003] ECR I-94373*. I: Common Market Law Review vol. 42, s. 1133-1149 (Sitert fra HeinOnline).
- Syrstad (2003) Syrstad, Helge. *EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt*. I: Jussens venner vol. 38, 2003, s. 345-359 (Sitert fra Idunn.no).

Schwarze (2006) Schwarze, Jürgen. *European Administrative Law*. London, 2006.

Andre kilder

Sivilombudsmannen Somb-2002-8.

Sivilombudsmannen Somb-2003-76.

Ot.prp. nr 70 (2008-2009) *Lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).*

NOU 2012:2 *Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.*

St.mld. nr 5 (2012-2013) *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU. Sentrale prioriteringer og virkemidler i norsk europapolitikk.*

EU (2013) *EU rules on awarding concession contracts – Q and A.*
<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20130513BKG08223/html/EU-rules-on-awarding-concession-contracts-Q-and-A> [sitert 03.12.2013].

Rettsavgjørelser

Norske domstoler:

Rt. 1934. s. 625

Rt. 1936. s. 801

Rt. 1981 s. 745

Rt. 1993 s. 528

Rt. 1996 s. 78

Rt. 2000 s. 1056

Rt. 2005 s. 607

Rt. 2009 s. 839

LB-2005-172949

LB-2011–149593

EFTA-domstolen:

Avgjørelsene er lest og sitert fra www.eftacourt.int. I henvisningene nedenfor vises også til trykt utgave i REC.

E-2/94	Scottish Salmon Growers Association Ltd v EFTA Surveillance Authority, REC 1994-95 s. 59.
--------	---

E-1/06	EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway, REC 2007 s. s. 8
--------	---

Forente saker E-11/07 og	Olga Ringdal and Therese Slinning v Staten v/Dispensasjons-
--------------------------	---

E-1/08 og klagenemnda for bidrag til behandling i utlandet, REC 2008 s. 320.

E-6/12 EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway (ennå ikke i REC).

EU-domstolen:

Avgjørelsene er lest og sitert fra <http://curia.europa.eu/>. I henvisningene nedenfor vises også til trykt utgave i Sml.

Sak C-36/75 Roland Rutili mod Indenrigsministeren, Sml. 1975 s. 0-1219.

Sak C-130/80 Straffesag mod Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV., Sml. 1981 s. 0-527.

Forente saker C-115/81 og C-116/81 Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; og Dominique Cornuaille v Belgian State, Sml. 1982 s. 0-1665.

Sak C-183/84 Söhnlein Rheingold mod Hauptzollamt Wiesbaden, Sml. 1985, s. 0-3351.

Sak C-325/85 Irland mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 1987 s. 0-5041

Sak C-222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others, Sml. 1987 s. 0-4097.

Sak C-340/89	Irène Vlassopoulou v Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, Sml. 1991. s. 1-2357.
Sak C-63/93	Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan mod Minister for Agriculture and Food og Attorney General, Sml. 1996 s. I-569.
Forente saker C-9/97 og C-118/97	Raija-Liisa Jokela og Laura Pitkäranta, Sml. 1998 s. I-6267.
Sak C-473/98	Kemikalieinspektionen mod Toolex Alpha AB, Sml. 2000 s. I-5681.
Sak C-157/99	B.S.M. Smits, gift Geraets, mod Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M. Peerbooms mod Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Sml. 2001 s. I-5473.
Sak C-205/99	Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m.fl. mod Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271.
Sak C-385/99	V.G. Müller-Fauré mod Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA og E.E.M. van Riet mod Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, Sml. 2003 s. I-4509.
Sak C-390/99	Canal Satélite Digital SL mod Administración General del Estado, Sml. 2002 s. I-607.

Sak C-503/99	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, Sml. 2002 s. I-4809.
Sak C-56/01	Patricia Inizan mod Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Sml. 2003 s. I-12403
Sak C-452/01	Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Sml. 2003 s. I-9743.
Sak C-17/03	Vereniging voor Energie, Milieu en Water m.fl. mod Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie, Sml. 2005 s. I-4983.
Forente sager C-128/03 og C-129/03	AEM SpA AEM Torino SpA mod Autorità per l'energia elettrica e per il gas m.fl., Sml. 2005 s. I-2861.
Sak C-189/03	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, Sml. 2004 s. I-9289.
Sak C-278/03	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik, Sml. 2005 s. I-3747.
Sak C-372/04	The Queen, på anmodning af: Yvonne Watts mod Bedford Primary Care Trust og Secretary of State for Health, Sml. 2006 s. I-4325.
Sak C-370/05	Straffesag mod Uwe Kay Festersen, Sml. 2007 s. I-1129.

Sak C-250/06	United Pan-Europe Communications Belgium SA m.fl. mod den belgiske stat, Sml. 2007 s. I-11135.
Sak C-169/07	Hartlauer Handelsgesellschaft mbH mod Wiener Landesregierung og Oberösterreichische Landesregierung, Sml. 2009 s. I-1721.
Sak C-46/08	Carmen Media Group Ltd v Land Schleswig-Holstein og Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, Sml. 2010 s. I-8149.
Sak C-64/08	Straffesag mod Ernst Engelmann, Sml. 2010 s. I-8219.
Forente sager C-203/08 og C-258/08	Sporting Exchange Ltd mod Minister van Justitie og Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd mod Stichting de Nationale Sporttotalisator Sml. 2010 s. I-4695.
Sak C-338/09	Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH mod Landes-hauptmann von Wien, Sml. 2010 s. I-13927.
Forente sager C-72/10 og C-77/10	Marcello Costa og Ugo Cifone (ennå ikke i Sml.)
Forente sager C-186/11 og C-209/11	Stanleybet International Ltd m.fl. og Sportingbet plc mod Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon og Ypourgos Politismou (ennå ikke i Sml).
Forente sager C-197/11	Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat

og C-203/11	national des propriétaires et copropriétaires ASBL, Olivier de Clippele mod Gouvernement flamand og All Projects & Developments NV m.fl. mod Vlaamse Regering (ennå ikke i Sml.).
Sak C-470/11	SIA Garkalns mod Rīgas dome (ennå ikke i Sml.)
Sak C-539/11	Ottica New Line di Accardi Vincenzo mod Comune di Campobello di Mazara (ennå ikke i Sml.).
Sak C-221/12	Belgacom NV mod Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM), Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (ennå ikke i Sml.)

Generaladvokaten:

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mischo, 24. mars 1998 i de forente saker C-9/97 og C-118/97, Sml. 1998 s. I-6267

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot 17. desember 2009 i forente saker C-203/08 og C-258/08, Sml. 2010 s. I-4695.

Traktater

Hentet fra: <http://eur-lex.europa.eu/da/index.htm> og www.lovdata.no.

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, Porto 2. mai 1992
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, Porto 2. mai 1992.
EF-traktaten	Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap, Roma 25. mars 1957.
TEUV	Traktat om den Europeiske Unions virkemåte, Lisboa 2007.
Charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter, Lisboa 2007.

Direktiver

Rdir 75/268/EØF	Rådets direktiv 75/268/EØF af 28. april 1975 om landbrug i bjergområder og i visse ugunstigt stillede områder
EP/Rdir 2004/38/EF	Europaparlaments- og Rådets direktiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [Unionsborgerdirektivet].

EP/Rdir 2006/123/EF Europaparlaments- og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked. [Tjenestedirektivet].

EP/Rdir 2011/24/EU Europaparlaments- og Rådets direktiv af 9. marts 2011 om patientrettigheter i forbindelse med grænseoverskridende sundhedsydelser.

Forordninger

Rfo 1408/71 /EØF Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 av 14. juni 1971 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.

Rfo 2328/91/ EØF Rådets forordning (EØF) nr. 2328/91 af 15. juli 1991 om forbedring af landbrugsstrukturenes effektivitet.

Rfo 3577/92/EØF Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgangen til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje). [Kabotasjeforordningen].

EP/Rfo 883/2004/EF Europaparlaments – og Rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om samordning av trygdeordninger.

Lovverk

Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
Forurensningsloven	Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6.
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
Ervervsloven	Lov om erverv av næringsvirksomhet (ervervsloven) av 23. desember 1994 nr. 79 [nå opphevet].
Kontantstøtteloven	Lov om kontantstøtte til småbarnsforeldre (kontantstøtteloven) av 26. juni 1998 nr. 41.
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63
Konsesjonsloven	Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. av 28. november 2003 nr. 98.
Forsikringsformidlingsloven	Lov om forsikringsformidling av 10. juni 2005 nr. 41.
Tjenesteloven	Lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) av 19. juli 2009 nr. 103.
Plan- og bygningsloven	Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni 2008 nr. 71.

Akvakulturforskriften

Forskrift om fordeling og avgrensning av produksjonskapasiteten i tillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret av 1. juli 2013 nr. 809.